

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, DERECHOS Y TIC

1

Introducción

Uno de los temas clásicos de la literatura jurídica es la responsabilidad que implica el reconocimiento de derechos como vehículos que permiten, justamente, la construcción de relaciones recíprocas en el mundo jurídico. “Un sujeto tiene un derecho a X cuando tiene interés en X o en la libertad respecto a X y hay razones para sostener que este u otras personas están sujetos a un deber de satisfacer ese interés y que el cumplimiento de dicho deber es exigible”.¹ Esta aproximación al concepto de los derechos implica, como se observa, la necesidad de establecer esta responsabilidad, que hace que los derechos expresen obligaciones específicas y se conviertan en sistemas de inmunidades en la sociedad.

De esta forma es fundamental la comprensión de esta responsabilidad, que supone el reconocimiento o existencia de una obligación derivada del derecho y, desde luego, la configuración de sujetos compelidos a realizar acciones u omisiones que conducen a la eficacia del derecho. Pero aunque este tema es central en el debate contemporáneo de los derechos, el eje fundamental de este acápite es realizar un acercamiento a la teoría de la responsabilidad con respecto a los fenómenos que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) implican en la perspectiva de configuración y comprensión de las obligaciones recíprocas

.....
 1 Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 1995), 57.

de nuevos derechos o derechos reinterpretados en un contexto tecnológico que fuerza a su comprensión y su alcance.

Así las cosas, primero se presentará el marco de comprensión del significado de un derecho con el objeto de definir el marco general en el que se aplicará una teoría de la responsabilidad de los derechos. En segundo lugar, se hará un acercamiento no exhaustivo a algunos de los derechos que cambian o que se crean con la aplicación cotidiana de las TIC.

En una segunda parte, se recreará el esquema general de responsabilidad por violación de los derechos, en especial, desde la perspectiva del derecho internacional público y el derecho constitucional. Desde allí se definirán algunas rutas de responsabilidad que se han seguido con ocasión de la aplicación tecnológica en los últimos años y se concluirá con la aplicación de un marco de responsabilidad para el ejercicio de los derechos en el ambiente tecnológico y en especial el derecho al acceso a Internet.

¿Qué es un derecho y para qué sirve?

Para construir los derroteros de la comprensión de los derechos en los sistemas constitucionales contemporáneos se seguirán las ideas de Henry Shue,² que desde la filosofía analítica expresa los puntos centrales para dar respuesta a las preguntas sobre qué es un derecho y para qué sirve. Para Shue los derechos son:

1. Base razonable para justificar demandas.
2. La posibilidad de disfrutar algo.
3. De forma general una garantía social ante las amenazas comunes de otros poderes u otros parecidos a nosotros.

La concepción de Shue sigue una idea que es fundamental para establecer una línea de argumentación sobre derechos. A la pregunta qué es un derecho la respuesta es: una “demanda sobre algo, dirigida a alguien”. Este es el concepto

.....
² Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (Princeton: Princeton University Press, 1980).

que Feinberg expresa en su obra clásica *Social Philosophy*³ y con la que Shue⁴ inicia su construcción argumentativa. Una vez se comprende que un derecho no es una mera petición o reclamo sino una demanda, se advierte que no es cualquier tipo de demanda sino que está dotada de cierta fuerza que, a su vez, está dada por el reconocimiento que las instituciones hacen de esas demandas y por la insistencia e importancia que los peticionarios le dan.⁵ La fuerza que poseen las demandas llamadas derechos es la razonabilidad que se encuentra en ellos, que constituye parte de la respuesta a por qué se han constitucionalizado y convertido en el centro de la interpretación de las estructuras político-jurídicas. Una vez que los derechos se convierten en razones fundamentales de nuestro sistema político y social, las demandas que han transitado por el sistema reposan sustancialmente como derechos y las han dotado de una posición privilegiada en relación con otras peticiones que, por supuesto, en el futuro pueden convertirse en derechos una vez se pueda hacer. Más adelante, cuando se aborde el caso específico de derechos como el acceso a Internet, se podrá evidenciar que se establecen las líneas de su existencia desde dos perspectivas: como vehículos de una sociedad que sufre profundas transformaciones en sus procesos de comunicación, producción de conocimiento e interacción con sus instituciones,⁶ tales como el Estado; y como fruto de reivindicaciones de sectores sociales que se sienten excluidos de estos procesos y observan cómo se afectan sus intereses, tanto individuales sociales.

Esta posición de los derechos como herramienta de justificación de demandas tiene la virtud de no dejar de lado el importante papel que cumple la democracia en las sociedades actuales y permite asir la visión histórica que informa esas demandas. Esta expresión de demandas por medio de los derechos, no es una conversión extraña, de tipo alquimista, del plomo al oro: los derechos aquí son sencillamente herramientas cuyo papel reconocido por el sistema jurídico,

.....
3 Joel Feinberg, *Social Philosophy* (New Jersey: Prentice Hall, 1973).

4 Con otro esquema de desarrollo Robert Alexy sigue esta estructura de derechos en su fórmula DabG, identificando en los derechos una prestación, derecho a, un titular t un obligado. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1995).

5 Sin duda la el reconocimiento de los usos sociales o punto de vista externo de los derechos, como lo señala Hart, juega un importante papel en la utilización de los derechos como argumentos. *El Concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995).

6 Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol.1 (México: Siglo XXI, 2011). La obra completa presenta diversos análisis que apuntan a las transformaciones a las que se hace referencia.

político y social, favorece el predominio de unas reivindicaciones sobre otras. Esta construcción de la jerarquía de los derechos no es por ello ni mucho menos cerrada, como lo sostendría Dworkin,⁷ sino por el contrario abierta precisamente a los debates que puedan darse en lo político y en lo jurídico.

Ahora bien, los derechos cumplen no solo una función justificativa, también brindan la posibilidad de disfrutar algo. El énfasis dado en los derechos como demandas tiene como consecuencia esta concreción en un resultado reconocible por los sujetos como individuos o como colectividad, ya sean obligados o titulares. En el caso de los derechos derivados de la aplicación de las TIC como la inclusión digital o el acceso a Internet, no se trata solamente de la disponibilidad de equipos de tecnología, como tampoco de una conexión a la red, sino de contar con la capacitación necesaria para mejorar un entorno vital.⁸ La inclusión digital no consiste en una nueva forma de expresión de la inclusión sino que es la misma exclusión de siempre, que ahora se expresa con la disponibilidad tecnológica. Este fenómeno es notorio de forma sostenida con el desarrollo del capitalismo industrial.⁹

Tener un derecho, entonces, no es una correspondencia con una categoría normativa, es decir, como lo haría una lectura iusnaturalista, en la que los derechos son derechos naturales para luego reflejarse en derechos positivos; sino que son sustanciales desde el primer momento, ya que expresan un contenido, son “derechos a”. Un derecho no es el derecho a disfrutar de otro: es un derecho a obtener una acción o cosa determinada por la demanda inicial,¹⁰ es decir, un conjunto de obligaciones entre quienes han acordado expresa o tácitamente su protección.

Esta sustancialidad involucra varios aspectos transaccionales para la práctica y la teoría jurídica. Por un lado, se inserta jurídicamente en el sistema proporcionando razones “válidas” que conducen a que los individuos y las instituciones

7 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Madrid Ariel, 1995). También en *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992). Dworkin cree que existe un orden absoluto de valores, por eso, dirá que el juez Hércules, puede decidir con una respuesta correcta siempre, solo debe consultar tal sistema, que se observa en la práctica de la moralidad política y en el principio del “derecho a igual consideración y respeto”.

8 Nicolás Cabezedo Rodríguez (ed.), *Inclusión Digital: perspectivas y experiencias* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011).

9 Raúl Susin Beltrán, *La regulación de la pobreza: el tratamiento jurídico-político de la pobreza, los ingresos mínimos de inserción* (Logroño: Universidad de la Rioja, 2000), 66 y ss.

10 “The substance of a right is whatever the right is a right to. A right is not a right to enjoy a right—it is a right to enjoy something else, like food or liberty”. Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2a. ed. (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996).

actúen conforme a las reglas de canalización de demandas por medio de los derechos. En general esas reglas son las del libre juego democrático, que no es especialmente la dictadura de las mayorías, sino el que le permite al sistema mantener su coherencia y su eficacia como mecanismo de solución de conflictos. La posibilidad de disfrutar algo por medio de los derechos no se limita a los derechos de libertad y a los políticos, sino a todas aquellas demandas (*claims*) que alcancen la relevancia de derechos en una sociedad determinada, como ocurre con los elementos en discusión de los derechos a la aplicación y goce en general de las TIC.

Otro aspecto que favorece esta visión de los derechos como “derechos a”, es que desde el punto de vista político logra una conexión importante entre el deber ser normativo y las políticas de un Gobierno y se convierte en un camino intermedio. Ver en los derechos una prestación efectiva, es darle al campo político un límite de posibilidades materiales con los derechos y alejarlo, aunque desafortunadamente sin eliminar, el amplio sesgo interpretativo que estos logran en ocasiones, porque se transforman en herramientas peligrosas de transacción política. La constitucionalización intenta generar un ámbito de aplicación diferenciado y protegido de los derechos, pero estos no se han desvinculado totalmente del regateo político. Es más, debe distinguirse el grado de esta seguridad lograda. Por una parte, es claro que los derechos de libertad alcanzan una mayor protección y que los derechos de igualdad se someten en mayor medida a este regateo. Parte de esta visión de negociación de los derechos sociales es terminar diferenciándolos como si estos enmarcaran un grado mayor de sustancialidad que los de libertad. Tanto los derechos de libertad como los sociales, son derechos, y en ese sentido ambos involucran el derecho a algo.¹¹ En el caso de los derechos a la inclusión digital y al acceso en general a TIC, el derecho comporta dimensiones tanto de los de libertad como de los sociales; por ello, no puede clasificarse con precisión como uno u otro, sino más bien como uno y otro.

Los derechos ante las TIC: viejos derechos y nuevas tecnologías

Un elemento importante para realizar el análisis de los derechos se encuentra en poder entender su dinámica cambiante y transformadora a la luz del modelo de

.....
¹¹ A esto se refiere Prieto Sanchís cuando afirma que hay un déficit de fundamentación racional que impide ver los derechos sociales como obligaciones asumibles por la comunidad. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1990).

Estado en el que se justifica su existencia. De esta forma desde la perspectiva del modelo liberal clásico los derechos son inalienables, imprescriptibles y universales, dotados de una clara fundamentación iusnaturalista que los comprende en un esquema cerrado en el que se les considera verdades eternas e inmutables. Los derechos estarían definidos por su sentido esencial y de ello se deduce que no pueden modificarse, mutarse o innovarse; en este contexto los derechos se descubren, no se crean.

Esta visión no es exclusiva de los derechos, sino más bien corresponde a una estructura político-económica del liberalismo, que crea su paradigma desde la posibilidad que tienen los individuos de satisfacer sus necesidades mediante el libre albedrío. De ahí que la idea genérica de libertad y de igualdad, al menos formal, sea la manera de concretar estas libertades. Por otra parte, el modelo económico hace palmaria la necesidad de establecer los derechos para que el mercado pueda operar, como el centro de intercambios en el que se realizan las utopías utilitaristas y en el que los hombres pueden mejorar sus condiciones de vida. En el liberalismo político, los derechos se establecen como la base del contrato social, que al mismo tiempo erige las instituciones del Estado. En definitiva es un modelo abstracto tanto en las interacciones de los sujetos como en las formas de aplicación de los contenidos de los derechos.

Desde esta perspectiva clásica liberal, entender y comprender las dinámicas contemporáneas de los derechos es al menos una tarea bastante difícil, dado que este esquema no permite la innovación y la transformación tan fácilmente. Pero a la vez, es necesario comprender que muchos derechos y parte de la doctrina siguen realizando este tipo de análisis. En realidad, para una mejor comprensión de las dimensiones de transformación en la teoría de los derechos y con miras a trabajar en la perspectiva de cambios a la luz de la inclusión de tecnologías de la comunicación y la información es más adecuado pensar en un marco menos rígido y que permita un campo explicativo de los cambios de los derechos tradicionalmente liberales pero en clave de realidad tecnológica.

El Estado constitucional comprende los derechos como la razón de Estado. Pero estos derechos, a diferencia del modelo liberal, se erigen desde su explicación como elementos que son obligaciones válidamente justificadas que permiten la construcción de la legitimidad del Estado y la garantía concreta de la dignidad humana. Así las cosas, los derechos no solo pueden rebasar la individualidad

desde la perspectiva de su titularidad al aceptar la colectividad como un sujeto plausible de protección, sino que además cuentan con núcleos de protección desde la figura externa de su justificación, dado que se definen no como elementos duros, irreformables, sino que los jueces constitucionales o el constituyente los adecuan a las necesidades sociales de protección y garantía de la constitución material o, lo que es lo mismo, a los principios y valores fundantes, o fórmula política, de manera que estos derechos se interpretan como ejes de la democracia y el pluralismo. Estos elementos generan la denominada comprensión *pro homine*, que no es otra cosa que la centralidad de los derechos en los debates jurídicos contemporáneos.

Esta aproximación se origina en la visión del modelo del Estado social de derecho, que pretende morigerar o corregir los conflictos sociales, a partir de una epistemología de la comprensión del conflicto social y su realidad. El análisis de los contextos genera desde este modelo, la necesidad de recrear o reinventar principios que desarrollaría el modelo liberal pero con base en la perspectiva iusnatural racionalista. La evolución del modelo social y, sobre todo, el desarrollo del constitucionalismo de la posguerra han ido modificando este modelo social, poniendo el acento en los derechos comprendidos como ejes de la legitimidad de un Estado –principio del doble carácter de los derechos–, y haciendo esfuerzos para lograr su materialidad. Por tanto, están creando mecanismos de exigibilidad que permitan que la protección sea material y no formal. En los debates más recientes, se habla incluso de integralidad, que expresa la interdependencia de todos los derechos y la necesidad de su existencia para que realmente se pueda completar la tarea de la dignidad humana.

La teoría de los derechos contemporánea cuenta con una clara influencia analítica, lo que implica que los esfuerzos para el análisis de derechos se encuentran en la comprensión de sus usos y sus contextos de aplicación y no en el descubrimiento de su esencia. De ahí que una justificación desde el punto de vista de las necesidades pueda aclarar mejor esta dinámica. A continuación se explicará brevemente en qué consiste la fundamentación de los derechos.

Una demanda es expresión de una necesidad. Una necesidad no es aquello que es indispensable para vivir. Es aquello que se quiere hacer o tener por muchas

razones, unas más necesarias que otras. La idea de libertad burguesa¹² es fundamental, porque está estructurada desde las necesidades del capitalismo. Esta manera de concebir la libertad de estar en el mercado es una necesidad que ocasiona una demanda tangible que por medio de revoluciones, pactos u otros medios, que en últimas fueron legales, se convirtieron en cosas que se denominan derechos.¹³ Eso que no se negocia más.

De esta forma los derechos son necesidades fundamentables. Esta fundamentación es fruto del reconocimiento social que debe cubrirse con esas necesidades y del grado de legalidad y legitimidad que revisten una vez admitidas en el sistema jurídico. Porque no todas las necesidades están fundamentadas, toda vez que no todas están reconocidas. Pero para el futuro toda necesidad puede estar fundamentada y por tanto convertirse en derecho. Así, las incidencias que pueden producir los cambios tecnológicos, pueden ser explicadas si se fundamentan para que el sistema jurídico les reconozca como verdaderos derechos.

En esta línea, las necesidades fundamentables no son otras que las que aceptan los escenarios políticos. Todo derecho no es más que la imagen de la discusión pública, y por ello la búsqueda de fundamentos ajenos a los lugares de debate público, no se compadece con la realidad de lo que hacen los derechos. Es la lucha política lo que hace a los derechos valiosos. El reconocimiento de un derecho no es sino una muestra de lo que puede hacer la voluntad de los grupos de presión.¹⁴

De esta manera, se encuentran coincidencias con la denominada teoría externa de los derechos o teoría de los derechos limitables, a la que se hizo referencia atrás.¹⁵ Esta teoría señala que no existe un núcleo esencial determinado, pero sí determinable. Todo derecho es limitable con respecto a las consecuencias jurídicas que produce, verificando si el derecho *prima facie* ha sido limitado eficazmente en el caso concreto. Por su parte, la teoría de los derechos no limitables

12 En esta idea de libertad burguesa, se piensa que el mayor castigo para un hombre es privarle de la libertad. Este es el origen de la cárcel como mecanismo por excelencia de represión en el estado liberal. Es la necesidad la que crea la demanda y la demanda el derecho.

13 En efecto existen diversidad de ejemplos sobre esta materia: La Carta Magna, habeas corpus Act, Bill of Rigths, Declaración del Buen Pueblo de Virginia; la Declaración de derechos de hombre y del ciudadano, etc. Todas estas manifiestan, por medio de derechos, las luchas políticas que las produjeron.

14 Mark Tushnet, "An Essay on Rights", *Texas Law Review*, volume 62, number 8 (mayo 1984).

15 Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

considera que desde el inicio el derecho existe con su contenido determinado y en la aplicación se prueba si el núcleo esencial es el verdadero en el caso de estudio.

Como se ve, la limitación se da en dos planos: el político como prefiguración, como derecho *prima facie*, y luego es el juez, en el plano jurídico, el que realiza su concreción ante el caso particular. Esta posición permite reconstruir la colisión de objetos normativos de forma tal que los derechos encuentren una aplicación más razonable, eliminando parte de la fricción entre norma y hecho.

Las innovaciones tecnológicas¹⁶ que plantean las transformaciones de los comportamientos sociales por su uso, pueden ser más fácilmente explicadas desde este punto de vista, ya que se aceptan las reinterpretaciones de los derechos tradicionales y también la posible creación de nuevos derechos TIC.

La reinterpretación y creación de algunos derechos a la luz de las TIC

En la literatura clásica del constitucionalismo se habla de la posibilidad de transformar normas mediante su mutación,¹⁷ producto de nuevas interpretaciones de conceptos o ideas que han sufrido cambios debido especialmente a dos causas: la existencia de nuevos contextos de aplicación, resultado de necesidades sociales, económicas o políticas; o la creación de nuevas normas que modifican necesariamente su comprensión a la luz de un sistema jurídico que cumple los requisitos de coherencia y completitud.

La innovación tecnológica que implica el uso de tecnologías como la Web 2.0, las redes sociales, el Internet de las cosas o simplemente el uso de correo electrónico, chats y blogs implican el cambio de contexto del que ya se habló. Por tanto, la posibilidad de mutación de algunos principios y, sobre todo, de derechos de vieja data. En este entorno, desde luego, no solo se encuentran estas creaciones tecnológicas casi todas ligadas a Internet, sino también el cambio de los paradigmas sociales, económicos, jurídicos y políticos en los que transitan estas innovaciones. La globalización, el Estado posbienestar, el neoliberalismo, la perspectiva ambiental, la crisis de la democracia representativa y la insuficiencia de las estructuras mundiales para la comprensión y manejo de los conflictos y

16 Sobre este debate, José Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología* (Madrid: Alianza, 1982).

17 Karl Loewestein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1982). El autor hace una detallada exposición del concepto de mutación constitucional.

amenazas globales son apenas algunos de los datos que se deben anotar dentro de los cambios de interpretación en los que se mueven los valores democráticos y el constitucionalismo de los derechos en general.

En este apartado, no se busca realizar un análisis exhaustivo de estos cambios de los derechos, pero sí describir algunos para comprender el fenómeno que está enfrentando la teoría tradicional de los derechos. Las transformaciones entre los derechos y las TIC se pueden caracterizar especialmente en tres ejes: la ampliación del núcleo de protección, la ampliación o creación de titulares de los derechos y el establecimiento de nuevos mecanismos de protección de los mismos.

La ampliación del núcleo de protección

Este es quizá el fenómeno más generalizado. Existen varios ejemplos: los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la prensa, a la igualdad de trato, a la seguridad personal, a la libertad sexual; el derecho a la participación, a la recreación y a la propiedad, entre otros, presentan un aumento de sus potenciales marcos de exigencias u obligaciones. En efecto, se observa cómo el derecho a la intimidad que determina un ámbito de protección sobre aquello que no es de dominio público y que desarrolla una parte de la libertad de conciencia, se ve claramente afectado por el uso de las TIC. No se trata solamente del grado de amenaza, sino también de la comprensión de acciones de hacer y no hacer que implican sobre sujetos determinados mayores rangos de protección. Los operadores de bases de datos, los entes gubernamentales y las instituciones en general deben cubrir las exigencias de respeto de este fuero interno. Esto implica tanto, el deber de cuidado en el manejo de información como salud, opción sexual y opción política, entre otros, como la protección de estos datos ante las amenazas externas que pudiesen implicar un menoscabo.

Otro derecho que resulta paradigmático en relación con estas realidades tecnológicas es el derecho a la participación, ya que no solo se trata de considerar nuevos espacios para el ejercicio del derecho como los blogs o la interacción en los esquemas que plantea el *Open Government*, sino también de formas nuevas de proponer la participación y la reunión política, como el *Twitter* o el *Facebook*. En el mismo sentido se encuentra la lectura que se hace del control ciudadano y la veeduría ciudadana por medio de conceptos como *Open Data* y en general el

principio de publicidad de los datos. Aunque de forma clásica los datos que tienen que ver con los asuntos de la administración pública no deben tener restricciones, salvo el principio de reserva de ley, nunca antes se podía acceder a tal variedad, en tantas cantidades y en tiempo real, asunto que desde luego modifica los conceptos tradicionales de participación y de democracia y ciudadanía.

Igualmente, se observan fenómenos similares con el derecho al debido proceso legal, que necesita una relectura de sus garantías, en muchos casos fijadas desde la tradición escrita, como soporte de legalidad y seguridad. La adecuación de mecanismos tecnológicos que permitan las mismas protecciones de contradicción, derecho a la defensa y respeto de las formas del juicio, pero en ambientes virtuales, son tareas que ya han iniciado un interesante camino de innovación.

Además de estas ampliaciones, se pueden crear verdaderos derechos como el del acceso a Internet, que se revisará más adelante o el derecho a la inclusión digital con miras a la superación de la brecha digital.

Los nuevos titulares

Estas modificaciones en los núcleos de los derechos más que una redefinición de las fronteras de los derechos mismos y de sus obligaciones, también traen preguntas importantes sobre su titularidad. Por ejemplo: ¿usuario es igual a titular de un derecho?, entendiendo usuario en un rol contractual o en realidad más que un contrato de servicios, una relación amparada por la protección del Estado y que se enmarca en una teoría de los derechos. Por otra parte, está el Estado, como tradicional garante de los derechos. Pero ¿qué papel cumplen las transnacionales del Internet ante las posibles afectaciones de los derechos, dado que no está clara su competencia ni su rol de protección?¹⁸ También se abre el abanico a responsabilidades con los particulares que puedan lesionar derechos como la integridad psicológica, la intimidad, el buen nombre, el derecho a la participación o incluso la igualdad, cuando se discrimina a alguien en los ambientes construidos por las TIC.

La titularidad de las personas jurídicas y su responsabilidad social corporativa en los ambientes virtuales, la creación de sujetos en el Internet mediante

.....
18 Derecho al olvido.

experiencias exclusivas del mundo virtual e incluso la creación de recursos digitales o dinero en la red, también contribuyen a este debate.

La exigibilidad y las TIC

En efecto, las TIC plantean retos y posibilidades de nuevos espacios de exigibilidad, así como herramientas para ello, tanto desde el punto de vista jurisdiccional como institucional. Por un lado, proponen mecanismos de justiciabilidad con el uso de TIC, que permiten un cambio en el concepto de derecho al acceso a la justicia, al plantear que pueden interponerse acciones judiciales sin necesidad de ir físicamente a los juzgados, lo que mejora las condiciones de acceso e incluso podría abaratar los costos del sistema de justicia. Acciones como la tutela, el derecho de petición y desde luego el *habeas data*, multiplican su potencial de protección ante el uso de las TIC. Ahora bien, estos mecanismos tradicionales de exigibilidad, también comportan dimensiones institucionales en las que los órganos de control y protección de los derechos como la Procuraduría y la Defensoría juegan un papel fundamental para la promoción y defensa de los derechos en los ambientes tecnológicos y deben plantear los retos y promover las soluciones a problemas como la seguridad ciudadana en Internet y la superación de la brecha digital, que amenazan desde ya estos derechos y mecanismos en la era digital. De igual forma, el fortalecimiento de una estructura institucional en los ámbitos penal y regulatorio, es decir, principalmente justicia penal, Fiscalía y jueces penales, así como superintendencias, también hacen parte de la construcción de estos puentes de exigibilidad ante los retos digitales. Por último, la creación de una política pública orientará de manera adecuada la asimilación de estos retos. La política pública *Gobierno en Línea* apunta a resolver algunos de estos problemas y pretende fortalecer los conceptos de accesibilidad y transparencia, que son rutas para la protección de derechos en la era TIC.

La responsabilidad por la violación de derechos y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación

La estructura básica de un derecho habla de la existencia de una relación tripartita entre un obligado y un titular del derecho, unidos por un conjunto de deberes derivados de la protección del núcleo esencial del mismo. Desde cuando

se establecieron las bases de la teoría de los derechos se señalaron dos aspectos principales: quiénes están obligados a ellos y cuál es la fundamentación de estas obligaciones. Sobre el particular la teoría clásica del derecho subjetivo plantea justamente la idea de que un derecho tendría dos fases: uno objetivo, que establece las obligaciones y uno subjetivo que sirve como vehículo de reclamo y concretización de ese derecho. En la actualidad, como se vio cuando se hizo una aproximación a una definición del concepto de derecho, se pone el énfasis en las obligaciones, pues al fin y al cabo un derecho siempre es un “derecho a”, y no conduce a una especie de callejón sin salida de abstracciones, sino que tiene siempre la pretensión de validez y eficacia.

Los esfuerzos sobre una teoría de la responsabilidad, se deben comprender sobre algunos de los elementos que ya se han tratado: una teoría del Estado, una teoría de los derechos y los contextos social y político en los que se enmarcan estas teorías. De estos elementos ya tratados se puede concretizar: la teoría del Estado Constitucional, que entiende los derechos como elementos centrales de los discursos de legitimidad y pone el acento en la exigibilidad y eficacia del derecho; una teoría de los derechos que plantea una fundamentación flexible, fundada en las necesidades y no en la inmanencia del objeto de protección y un conjunto de cambios en la estructura social desde la perspectiva de la globalización en todos los ámbitos. Así las cosas, la estructura de la responsabilidad fundada, especialmente, o incluso únicamente en la responsabilidad patrimonial del Estado, resulta insuficiente para la comprensión del marco de obligaciones respecto a la protección y promoción de todos los derechos. Esto es así porque la teoría de la responsabilidad clásica o teoría de imputación, desconoce no solo la complejidad de varios derechos, sino que además no integra los desarrollos existentes sobre la titularidad diversa o colectiva de los derechos, como los diferentes niveles de protección existentes en la actualidad.

De hecho, la teoría de la responsabilidad clásica solo comprende a los derechos como elementos que requieren indemnizaciones. Ahora bien, es importante recordar que existen al menos dos ámbitos que enmarcan en nuestra opinión una mejor construcción sobre la responsabilidad y los derechos: la perspectiva del derecho internacional público y la teoría de la responsabilidad en el ámbito del derecho constitucional.

A continuación se esbozan los derroteros generales de la responsabilidad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ya que esta ha permeado y se ha desarrollado en el marco constitucional, generando una clara irradiación de principios hacia formas clásicas de responsabilidad estatal, generadas por la jurisprudencia administrativa. La hipótesis será que la responsabilidad de la administración pública respecto a la posible violación de los derechos derivados o modificados por el uso de tecnologías de la información y la comunicación, solo puede ser entendida como un fenómeno de los derechos constitucionales, de manera que la herramienta adecuada para su lectura y comprensión se encuentra en la teoría constitucional y en la doctrina aplicable de los derechos humanos en el ámbito internacional. Incluso, se propone que en los ámbitos tradicionales de la responsabilidad estatal eminentemente patrimonial, deben generarse puentes de comunicación que permitan la reinterpretación de los fenómenos de esta naturaleza en clave de responsabilidad por violación de derechos y no simples violaciones a la ley administrativa. En Colombia, en los últimos años la sección tercera del Consejo de Estado, especialmente, ha ido construyendo estos puentes que permiten un diálogo entre la doctrina tradicional de la responsabilidad, con los avances de la jurisdicción universal, y la americana.

El marco general de la responsabilidad del Estado en clave del derecho internacional de los derechos humanos

Desde la perspectiva internacional, el Estado es responsable ya que como sujeto tiene la competencia para elaborar y negociar las obligaciones inscritas en los tratados internacionales de derechos, por tanto se encuentra compelido a su observancia y cumplimiento. Por ello, el principio de *Pacta Sunt Servanda*, el principio de interpretación *Pro homine* o buena fe, y el principio de no reciprocidad son los pilares para la comprensión de dichas obligaciones.¹⁹

De esta manera los Estados serían los principales responsables por las violaciones de los derechos que se inscriben en los tratados de esta naturaleza. En este sentido el artículo 1 de la Convención Americana señala:

.....
¹⁹ Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Madrid: Trotta, 2002), 94 y ss.

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Igualmente el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos expresa en su artículo 2.1.:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En lo que respecta a los derechos establecidos en estas dos cartas, no cabe duda que los Estados deben realizar tareas específicas para la protección de los derechos. Los mecanismos para establecer esta responsabilidad así como para determinar los límites y comprensión de los derechos, estarían dados en los diversos espacios de protección. Aquí se tendrían tres posibilidades en el ámbito estricto del derecho internacional de los derechos humanos: los mecanismos no contenciosos, que estarían primordialmente establecidos alrededor de lo que se conoce como la doctrina internacional, especialmente desarrollada por los relatores del sistema universal alrededor de los convenios internacionales de derechos; los mecanismos cuasicontenciosos, que establecen estructuras y procedimientos similares a los tribunales internacionales, pero que no cuentan con herramientas jurisdiccionales para el fin último de sus tareas. Aquí se habla sobre todo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y por último, los mecanismos contenciosos que corresponden a los procedimientos de los tribunales internacionales, principalmente la Corte Interamericana y el Tribunal Internacional de Justicia, cuyo objeto central es determinar la responsabilidad de los Estados e imponerles sanciones por la violación de los pactos y convenios en la materia. Los dos primeros tienen funciones informativas e imponen sanciones de tipo moral o político, pero solo los últimos tienen en realidad la capacidad de sancionar y determinar responsabilidades. Al respecto la Corte Interamericana expresa:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales

de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.²⁰

Con lo anterior queda clara la responsabilidad de los Estados en relación con sus compromisos convencionales, pero ¿qué pasa con el nivel interno? Al respecto la Constitución establece en sus artículos primero y segundo la centralidad de los derechos como ejes constitucionales y ratifica este espíritu en los artículos 93 y 94 que señalan como parte integral de la Constitución estos tratados, haciéndolos parte del bloque de constitucionalidad, junto con las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, la constitución material y el precedente constitucional. No obstante, ¿en qué consisten estas obligaciones? El Comité de Derechos Humanos señala:

[...] La obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.²¹

En este sentido, el artículo 63 de la Convención Americana dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La Constitución nacional también establece la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos, lo cual incluye desde luego la violación de derechos. El texto constitucional, en su artículo 90, expresa:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

.....
20 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 164; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 173; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrs. 55-56.

21 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia, Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos, Observación General No. 3, "La aplicación del Pacto a nivel nacional", párr. 1. 1ª. ed. (Bogotá: OACNUDH, 2002), 27.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

De esta forma, se evidencian los fundamentos jurídicos con los cuales se debe interpretar la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de derechos constitucionales. Ahora bien, para la lectura de las obligaciones derivadas de los derechos, se cuenta con un esquema general de comprensión en dos grandes grupos: obligaciones de respeto o abstención y obligaciones de garantía o de hacer. Las primeras hacen referencia especialmente al comportamiento pasivo del Estado ante el campo decisional de las personas respecto a sus derechos, es decir, consisten en que el Estado no realiza intromisiones indebidas en la esfera protegida por los derechos y permite que los sujetos decidan voluntariamente su ejercicio. El segundo grupo de obligaciones, que corresponden a las de garantía, involucran varias tareas, ellas son: no discriminación, prevención, investigación, sanción de los responsables de violaciones, reparación integral, recurso efectivo de protección y tutela judicial. Algunas normas que recrean estas obligaciones son:

1. Prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos (artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y art. 1.1 de la Convención Americana). La Comisión Interamericana de Derechos (CID) se refiere así al tema:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.²²

2. Investigar la violación de los derechos humanos y sancionar a los autores (artículo 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana). Conforme

.....
22 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 174-175; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 184-185.

a esta obligación los Estados no pueden ahorrar esfuerzos en superar la impunidad y establecer un sistema de jurídico y de justicia que impulse la condena de quienes infrinjan los derechos. Estas investigaciones no solo hacen referencia al sistema penal, sino también a aquellas de carácter administrativo que involucren el esclarecimiento de la responsabilidad por parte de quienes hayan generado afectaciones a los derechos protegidos.

3. Reparar el daño realizado con la conducta violatoria (artículo 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana), si no se puede restaurar el derecho violado. Al respecto la Corte señaló:

[...] para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada [...].²³

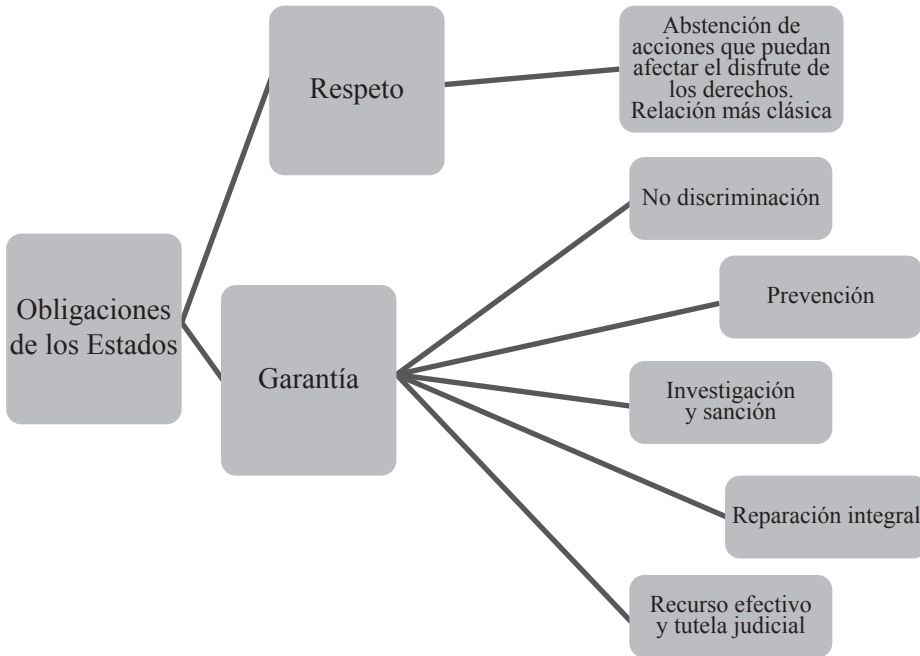
4. Establecer un recurso efectivo que sea accesible a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados, incluso cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. Este recurso deberá sustanciarse conforme a las reglas establecidas en el debido proceso legal (artículo 2.3 del PIDCP y 25 de la Convención Americana). Sobre el particular ilustra la Corte:

Los artículos 25 y 1 (1) de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno. Los artículos 25 y 1 (1) requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con esta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1 (1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1(1) y 2 de la Convención.²⁴

.....
²³ Corte Interamericana, caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 58.

²⁴ Corte Interamericana, voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, caso Genie Lacayo, sentencia del 13 de septiembre de 1997, párr. 21.

Figura 1. Tipos de obligaciones de los derechos



Fuente: elaboración propia

Lo anterior deja claro que a partir de la dogmática internacional se ha estructurado una lógica de protección de los derechos que, desde luego y junto con el concepto dinámico de bloque de constitucionalidad, son aplicables más allá del estricto sentido impuesto en su marco matriz que es el derecho internacional de los derechos humanos. A partir de su puente constitucional es posible señalar que todos los derechos deberían entonces seguir esta estructura, que aunque creada para derechos desde la óptica de graves y masivas afectaciones de los mismos y en entornos particularmente violentos, ya sea con ocasión de conflictos armados o regímenes dictatoriales, han desbordado estos límites para construir la dogmática de protección contemporánea y ajustada a los cánones ya referidos del Estado constitucional. Así las cosas, también es cierto, que aunque la responsabilidad patrimonial del Estado cuenta con una dinámica particular, debe ajustarse en todo caso a los estándares constitucionales establecidos por las Cortes Interamericana y Constitucional respectivamente. La justicia administrativa es un capítulo de las formas de protección de derechos y del cumplimiento de los deberes generales

de abstención y garantía. Esto adquiere particular importancia cuando se comprende el derecho administrativo como uno de los mecanismos más significativos de realización del derecho constitucional, tal como lo señala la reciente tradición de origen alemán y en especial la de Harmunt Maurer.²⁵ Así las cosas existe una sólida construcción basada en tres escenarios conexos: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional y la dogmática de los derechos fundamentales y el derecho administrativo en sede reparatoria. Aunque cada estadio presenta especificidades, no son más que un discurso de protección jurídica en tres tiempos.

No obstante esta clara ruta de protección y demarcación de responsabilidades quedan por esclarecer dos preguntas que resultan centrales en la discusión planteada: ¿la dogmática de la responsabilidad establecida desde el marco de la CID y asumida por la Corte Constitucional ampara los nuevos derechos y las relecturas de otros en clave de aplicación de tecnologías de la información y la comunicación? ¿Cuál puede ser la ruta adecuada para establecer responsabilidades en especial de la administración respecto a la violación de estos derechos? A continuación se plantean los lineamientos para resolver estas preguntas.

El sistema de obligaciones y responsabilidades, los derechos y las TIC

La primera pregunta por responder es si la dogmática de derechos establecida por las Corte Interamericana y la Corte Constitucional es aplicable a los derechos a los que se ha hecho referencia como derechos, o bien, transformados por estas aplicaciones tecnológicas o incluso creados con ocasión de ellas. Prima facie, desde luego es posible aplicar los marcos generales de protección y responsabilidad de los derechos a derechos como participación, información, prensa, integridad, conciencia, igualdad, etc. No es necesario que exista una mención expresa de los entornos digitales en los viejos tratados internacionales como en las constituciones para que se entienda su aplicación extensiva a estas nuevas realidades. Los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo e igualdad como valores fundantes sirven como parámetros de interpretación en cada una de estos escenarios que propone la tecnología. De manera que los estándares de protección se deben aplicar con todo rigor a estos derechos reinterpretados.

.....
²⁵ Hartmut Maurer, *Derecho administrativo general* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

Un asunto más complejo se presenta con derechos que, aunque comportan elementos valorativos tradicionales y comparten la matriz de protección de la dignidad humana, sí pueden ser considerados nuevos derechos. Estos pueden ser el acceso a Internet o la inclusión digital²⁶ y la vida digital o virtual. El primero entendido como un derecho cuya pretensión es la generación de igualdad por medio de las innovaciones de las TIC planteando la necesidad de protección como elemento de la denominada ciudadanía digital;²⁷ el segundo plantea la existencia más allá de la vida física, en donde se considera una extensión de esta existencia en los ámbitos virtuales, pudiendo generar obligaciones y derechos más allá de los que en la vida “real” pudiese tener una persona. Sobre el primero de estos nuevos derechos, se advierte que son de fácil recibo por la dogmática de los derechos, dado que no solo cuentan con una fuerte fundamentación, sino que además los criterios de mínimo vital, igualdad material y libre desarrollo de la personalidad, acompaña la justificación dogmática de su existencia. El segundo derecho es más problemático y conlleva una reflexión sobre los parámetros en los que se considera la vida y sus posibilidades de desarrollo en los ambientes virtuales. A propósito del primero, se hará referencia más adelante en capítulo completo; el segundo debe ser materia de otro ejercicio académico específico.

Respecto a los temas de nuestra investigación se plantea el siguiente cuadro que pretende ilustrar, no solo los niveles genéricos de responsabilidad sino el rol en el cual el Estado los realiza.

Tabla 1. Las obligaciones de los derechos con respecto al Estado

Estado como:	Garante	Regulado	Regulador
Obligaciones			
Respeto	Inclusión digital Protección de datos	Publicación de contenidos en Internet	Operadores de Internet
Garantía	Inclusión digital Protección de datos		

Fuente: elaboración propia

26 Nicolás Cabezedo Rodríguez (ed.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011).

27 José Manuel Robles Morales, *La ciudadanía digital: una introducción a un nuevo concepto de ciudadano* (Barcelona: UOC, 2011).

De acuerdo con la tabla anterior, se advierten los diversos roles del Estado, así como las obligaciones genéricas que se desprenden tanto de la teoría constitucional como del derecho internacional público. Según la moderna teoría, el Estado aparece como facilitador de la disponibilidad de los servicios, Estado-regulador, con énfasis por tanto en tareas destinadas a obligaciones negativas o de respeto. Esto es así porque el desarrollo de las tareas de garantía pasaría de forma preponderante a los privados o empresas de economía mixta que se apropian de estos espacios, que antes eran comprendidos dentro del marco de responsabilidades estatales. En el campo de la inclusión digital y la protección de datos se observa una mirada preponderante hacia las tareas tradicionales del Estado: respeto y garantía, esto significa tanto la abstención de comportamientos que resulten lesivos al derecho, como de acciones concretas y positivas de protección. La generación de legislación, la creación de entidades que sirvan a los fines de protección y la construcción de una política pública de inclusión digital y de protección de datos van en este sentido. Por último, la publicación de contenidos en Internet por parte de la administración, se enfoca sobre todo en el papel del Estado como regulado, dado que se somete a juicio de constitucionalidad y legalidad las actuaciones que se desprenden por la publicación de tales informaciones en medios Tic. Así las cosas, se desglosa una visión que imbrica los diversos roles del Estado y las obligaciones que se desprende del uso de estos.

A continuación se definirán en detalle algunos elementos adicionales de la comprensión de la responsabilidad del Estado con respecto algunos derechos y las TIC en especial aquellos que estructuran hoy el concepto de ciudadanía. Enseguida de esto se planteará una estructura general de responsabilidad con el objeto que se aplicada a los desarrollos de los derechos y las TIC en la actualidad.

Responsabilidad del Estado colombiano en materia de las TIC de cara a la ciudadanía

Las obligaciones del Estado colombiano con respecto a los derechos fundamentales hacen referencia a buscar, recibir y difundir, cualquier tipo de idea, opinión, información, por cualquier medio a su alcance, en cualquier idioma, sin ninguna restricción, a menos que previamente no se encuentre en la ley (ley del Congreso); sean claras, taxativas y tengan como únicas justificaciones: 1) la protección de

•Responsabilidad del Estado, derechos y TIC•

los derechos de los niños y niñas; 2) el derecho al buen nombre y honra; 3) la seguridad estatal.²⁸

Esta regulación se encuentra prevista en los artículos 20 y 75 constitucionales así como en los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁹

Desde los eventos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII la libertad de expresión, concretada en las libertades a buscar y difundir información y

.....
28 Esta sería la regla jurisprudencial surgida de la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por ejemplo el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

29 Artículo 20 CP: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura". Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que este artículo contiene al menos ocho derechos fundamentales. Vale la pena simplemente señalar que existe un derecho fundamental a fundar medios de comunicación: escritos, satelitales, virtuales, etc.

Artículo 75: "El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético". Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en sus artículos 13 y 14:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta.

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

opiniones ha estado presente en todas las declaraciones de derechos civiles. Ello muestra la importancia de este derecho en la consolidación de los proyectos políticos y jurídicos que se erigieron con la crisis de la sociedad medieval.

Debido a esta importancia fundante de la libertad de expresión para la democracia occidental contemporánea, se hará una breve caracterización de la libertad de expresión, como condición y obligación estatal ante el desarrollo de las nuevas tecnologías, tal como ha sido consagrada y desarrollada, tanto en la Corte Constitucional, como en los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Esta caracterización permitirá darle dimensiones al debate que podrían ser omitidas y relevar la importancia de este derecho como fundamento y condición de una sociedad democrática. Se debe empezar por mencionar que la Corte Constitucional y la CIDH han señalado un doble estándar del que goza el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio. Primero como condición sine qua non para cualquier sociedad democrática o “estándar democrático”,³⁰ y como derecho de doble vía o “estándar de dos dimensiones”.

El primero se refiere a que la libertad de expresión, además de ser un derecho individual, es una condición para el ejercicio de otros derechos políticos, ya que solo con su ejercicio se materializa el debate público, la confrontación de ideas y el derecho al disenso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también condición sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.³¹

Al restringirse la libertad de expresión, se está limitando o incluso suspendiendo el debate público y la confrontación política, propias de las sociedades

30 Eduardo Andrés Bertoni, “La libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” www.adc.org.ar/download.php?fileId=344 (acceso octubre 14, 2014).

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa, supra nota 15, párr. 112; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 114, párr. 70.

•Responsabilidad del Estado, derechos y TIC•

pluralistas y diversas, además del derecho de todas y todos a criticar, cuestionar o apoyar las decisiones que les afectan.

Debido a esta característica como “condición de la democracia”, la Corte Constitucional colombiana le ha otorgado un lugar especial y preferente dentro del sistema jurídico colombiano:

La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no solo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y la libertad de las personas (CP, art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP, art. 71) sino, **además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa** (CP, artículos 1, 3 y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no solo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole o derecho y libertad de informar y ser informado.³² (Negrillas fuera del texto)

La segunda característica se refiere a que el derecho fundamental a la libertad de expresión es de “doble vía” o dos dimensiones. Esto quiere decir, que una restricción a este derecho no solo afecta a la persona a quien se le ha impedido difundir, buscar o recibir información, opiniones o ideas, sino que implica, también, una vulneración al derecho de las personas destinatarias.³³ La Corte Constitucional ha explicado esto:

Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. **Por otra parte, la libertad de expresión stricto sensu –entendida como un medio para el intercam-**

.....
32 Corte Constitucional, *Sentencia C-010 del 2000*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

33 La CIDH ha dicho: “Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. OC-05/85 Parágrafo 30. En igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Eduardo Kimel contra Argentina sentencia del 2 de mayo del 2008 Serie C No. 177, párr. 53, entre otras.

bio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas– tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea.³⁴ (Negrillas fuera del texto)

El acceso a la información, entonces, facilita la participación en la gestión de asuntos que tocan a la sociedad en general, la economía o el gobierno. Tener la capacidad de compartir información elimina los límites y obstáculos en el intercambio de información. Desde esta perspectiva el acceso a la información e igualmente el derecho a difundirla libremente, tiene una importancia radical en la participación activa, y radicalmente nueva, y el ejercicio de la ciudadanía, ya sea de forma individual u organizada.

Las tecnologías de la comunicación y de la información también tienen la potencialidad de acercar a la ciudadanía al Estado y al Gobierno mismo. En esta medida pueden maximizar la transparencia, horizontalidad e interactividad entre administradores y administrados. En conclusión, la revolución tecnológica abre un nuevo escenario para el ejercicio de los clásicos derechos individuales, pero igualmente crea un espacio para nuevas vulneraciones a los derechos humanos.

Por supuesto, el acceso a la información, también plantea su uso. ¿Qué derechos y qué obligaciones asisten a quienes participan de las redes virtuales de comunicación?

La cuarta generación de derechos: los derechos al y en el ciberespacio

Una primera aproximación permite relevar la relación entre los nuevos espacios virtuales y sus herramientas técnicas y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual (recibir y difundir información), como en su dimensión colectiva: en la forma de un mercado libre y plural de ideas.

En atención a la importancia de las TIC, como condición y vehículo para el ejercicio de otros derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos y culturales), se ha dado un paso más. Muchos documentos internacionales³⁵ así como

34 Corte Constitucional, *Sentencia T-391 del 2007*, M. P. Manuel José Cepeda.

35 Jean D'Arcy, *Les droits de l'homme à communiquer*, 1978; en igual sentido Organización de las Naciones Unidas, *Declaración del milenio* (Nueva York: Naciones Unidas, 2003) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Notas prácticas: el acceso a la información* (Oslo: PNUD, 2005).

literatura especializada³⁶ defienden la idea de una cuarta generación de derechos, entendida como el reconocimiento explícito que determinadas prestaciones y accesos mínimos a las redes de la comunicación, especialmente a Internet, como espacio público global, bajo dos premisas: 1) en una sociedad mundializada y conectada virtualmente es imposible ejercer determinados derechos, sin tener derecho a priori, a la red mundial de la información; 2) además de que en muchos casos el acceso a las tecnologías de la información es un elemento que agudiza la desigualdad entre sociedades o, por el contrario, se puede convertir en un elemento transformador y agenciador de cambios y desarrollo colectivo.

En su documento sobre los “Objetivos de desarrollo del milenio”, concretamente el octavo,³⁷ la Organización de las Naciones Unidas señala que el desarrollo global, especialmente de sociedades pobres y excluidas se materializa por medio de la inclusión en las redes descentralizadas de información. Se parte de la idea de que la pobreza no es solo material, sino que en buena medida está asociada al desconocimiento de los derechos y, en general, a la ignorancia. Una red como Internet, con la tecnología que ella requiere, es un derecho humano, en la medida en que democratiza el acceso a la información.

Igualmente, desde la década de los setenta, se acusaba a los medios de comunicación, generalmente dependientes de monopolios estatales, de difundir un determinado contenido de información. No solo en términos de noticiosos o de derecho a la información, sino en un solo modelo de proyecto de vida, sociedad y futuro. Así, expertos como Jean d’Arcy, señalaban que debía reconocerse un derecho humano a comunicar, como herramienta para resistir la concentración de medios y el “imperialismo cultural”. Este derecho implicaba los medios técnicos y de infraestructura para la creación de un mercado libre de ideas.

Los derechos de cuarta generación pueden concretarse en: 1) acceso a las tecnologías que permitan el intercambio libre de ideas; 2) el derecho a acceder a

.....
36 Javier Bustamante Donas, “La sociedad de la información. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista iberoamericana de Ciencia y Tecnología*, 1 (septiembre-diciembre, 2007). En igual sentido Cees Hamelink, *The right to communicate*, Informe presentado en Preppcomm1, Serie de documentos informativos de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), 2002.

37 “Velar porque todos puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular de las tecnologías de la información y de la comunicación, conforme a las recomendaciones formuladas en la Declaración ministerial del 2000, del Consejo Económico y Social”.

las infraestructuras sin importar el Estado donde se vivía; 3) el derecho a tener los conocimientos para usar Internet y adaptar el ciberespacio a necesidades particulares; 4) derecho igualitario entre hombres y mujeres, adultos y niños, espacios rurales y urbanos; 5) el derecho a acceder y crear contenidos culturales y lingüísticamente diversos; 6) derecho a la protección de datos; 7) derecho a no estar bajo vigilancia; 8) derecho a contar con un ciberespacio descentralizado, colaborativo e interoperable, con una arquitectura abierta, transparente y accesible.³⁸ Así, la literatura especializada reconoce que los Estados contemporáneos, tanto del hemisferio norte como los del sur, deben garantizar a sus ciudadanos, la tecnología, las redes, la infraestructura, el *software*, etc. Siempre una red descentrada, transparente, horizontal y en la que los derechos de los ciudadanos no sean solo acceder, sino también proteger su propia información.

Una conclusión breve puede ser la siguiente: en un mundo globalizado y conectado mediante el ciberespacio, las redes virtuales se convierten en un nuevo espacio para el ejercicio de derechos individuales. La libertad de expresión, pero también el derecho a la información, como necesidad para ejercer el derecho a elegir. Es decir, el derecho a acceder al ciberespacio es condición para la democratización de sociedades autoritarias o con déficit de participación. En la misma línea, es posible satisfacer derechos sociales y culturales como la educación o el consumo libre y plural de cultura en la red. En conclusión, el dinamismo y la flexibilidad técnica de las tecnologías de las comunicaciones han llevado a que se plantee la aparición de una cuarta generación de derechos fundamentales: los derechos de las telecomunicaciones.

Así las cosas, una vez establecido el campo de obligaciones y la justificación de los derechos en el sistema jurídico, se hará un ejercicio de sistematización de las diversas expresiones de derechos y obligaciones relacionadas con las TIC. Se pueden determinar algunos campos productores de obligaciones genéricas que de manera específica giran en torno a las dinámicas de los derechos y de las TIC. Estos son:

1. Las TIC como mecanismos de protección de otros derechos. Es una de las áreas más dinámicas en la que se destaca la creación de mecanismos institucionales y técnicos para garantizar que los datos de diferente

38 Olga del Río Sánchez, "TIC, derechos humanos y desarrollo: nuevos escenarios de la comunicación social", *Revista Análisis* 38 (2009), 55-69.

naturaleza, puedan ser integralmente protegidos. Esto significa tanto la publicidad del dato público, como la veracidad y adecuada utilización de los datos privados. En Colombia la Ley 1581 del 2012 regula esta materia.

2. Las TIC como herramienta para desarrollar otros derechos y valores constitucionales. Se reconoce que derechos como el *habeas data*, la intimidad y el buen nombre, se relacionan con frecuencia con el acceso y uso de tecnologías de la información y de la comunicación. Sin embargo, derechos como la seguridad social, la salud, el trabajo, la libertad de cátedra, la libertad de expresión, la petición, la propiedad, entre otros, se encuentran cada vez más estrechamente relacionados con el empleo de estas tecnologías. Este uso no solo es un asunto perimetral del derecho, sino que en ocasiones afecta de forma directa su desarrollo y protección. Es el caso por ejemplo del derecho de petición o el de expresión, la utilización de las TIC representa la disponibilidad de uso y garantía del derecho.
3. Las TIC como elemento en la materialización de la democracia. En consonancia con las ideas de la ciudadanía digital, la democracia se desarrolla cada vez más en ambientes virtuales o con herramientas que implican el acceso y la alfabetización digital. La participación política, el derecho de asociación e incluso de reunión tienen en los ambientes virtuales un espacio cada vez más importantes. Por otro lado, así como se ha afirmado la imposibilidad de comprender la democracia sin la materialización de garantías a partir de la posguerra; de igual manera la ausencia de disponibilidad de las TIC y el acceso a Internet, representan una clara talanquera para la existencia de la democracia material.
4. Las TIC como mecanismo para el alcance de la igualdad material. La inclusión digital. Como consecuencia de lo anterior, el acceso mismo a las TIC representa un importante reto de los gobiernos globales, pues la existencia de la brecha digital, que representa una elongación de la brecha socioeconómica existente en el mundo, debe adjuntar a sus “Objetivos de desarrollo del Milenio, no solo metas respecto al agua potable o la lucha contra ciertas enfermedades, pues las herramientas que brindan las TIC e Internet, sirven como medidas eficaces en contra de esta exclusión.

En una última parte de este primer apartado se describirán los parámetros generales de obligaciones que orientan la reflexión general de los derechos y los marcos de responsabilidades.

Las obligaciones de los Estados, los derechos y las TIC

Una vez establecida la teoría de las obligaciones, se propondrá un marco aplicable y específico a los derechos y a las TIC, que en realidad plantean una ruta de acciones de respeto y garantía con el objeto de promover una creciente protección y desarrollo de los derechos y las TIC. Este marco fue elaborado en principio con el objeto de promover los derechos sociales en los años ochenta, pero su uso se ha ido extendiendo como estrategia de exigibilidad de los derechos en general. Esto sucede porque la literatura contemporánea en buena medida plantea la superación de la división entre derechos individuales y derechos sociales y expone la necesidad de una comprensión integral e interrelacional de los derechos como fenómenos complejos en sociedades en donde los individuos y colectivos requieren de todos los derechos, unidos por las amenazas a su dignidad y no por una creación seudohistórica, claramente artificial de sus necesidades. Desde esta perspectiva se evidencia:

Tabla 2. Tipos de Obligaciones para garantizar la eficacia de los derechos y las TIC

Obligaciones de carácter inmediato	Obligaciones para garantizar niveles esenciales del derecho	Obligación de progresividad y no regresividad
<ul style="list-style-type: none"> • Garantía de no discriminación • Adoptar medidas en un plazo razonable para alcanzar protección lo más rápido posible. • Adecuación del marco legal. • Información y vigilancia del plan de cumplimiento. • Provisión de recursos judiciales efectivos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Consiste en la construcción de indicadores que establecen los niveles esenciales del derecho. Es decir, aquellos que no pueden ser violados en ningún momento. 	<ul style="list-style-type: none"> • Establece que los niveles alcanzados no pueden afectarse o disminuirse, dado que la protección debe siempre mejorar, no empeorar

A partir de esta configuración, las obligaciones de los Estados se pueden comprender en tres niveles, conforme a su urgencia y grado de exigibilidad. El primer nivel de obligaciones es de carácter inmediato u obligaciones de adoptar medidas inmediatas. Dentro de este primer nivel se entienden perentorias: 1) garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación; 2) adoptar medidas en un plazo razonable para alcanzar protección lo más rápido posible. Estas medidas deben sustentarse en una justificación clara y expresa del retraso, evitando así vaguedades que entorpezcan continuamente el desarrollo de los derechos. La necesidad de explicar detalladamente las medidas tiene un componente importante como la carga argumentativa, puesto que los avances y retrocesos en materia de derechos, que implican acciones positivas, se pueden fiscalizar de mejor forma. Desde el análisis constitucional esta argumentación de las medidas podría garantizar la intervención judicial, a fin de que el juez constitucional, en este supuesto, realice una labor de control a los otros poderes sobre la materia, examinando su coordinación con los demás principios y valores de la Carta Política. En conclusión, se evita un exagerado control en abstracto, que ponga en peligro el principio de las mayorías y la división de poderes.

Ahora bien, estas medidas se pueden singularizar en tres campos concretos: 1) adecuación del marco legal, lo que significa, proferir normas para promover recursos judiciales para la protección de derechos sociales y favorecer a grupos vulnerables (minorías aisladas e insulares), así como derogar aquellas normas que sean contrarias a las obligaciones de los Estados y que contengan discriminaciones no positivas; 2) información y vigilancia del plan que tienen los Estados para hacer efectivos los derechos. Así, los Estados deben supervisar el grado de efectividad de todos los derechos. Las campañas preventivas son una pieza clave dentro de la actividad de los Estados para hacer efectivos los derechos en especial los sociales, ya que alertan sobre los posibles daños a la población vulnerable. Además, tales campañas son más económicas que la atención directa de ciertos problemas; 3) provisión de recursos efectivos, que se traduce en que las personas impongan acciones judiciales que puedan atender las violaciones más apremiantes de sus derechos de forma efectiva y pronta. Los medios en general responden a la premisa de crear la infraestructura del Estado que pueda dar cauce a los derechos en perspectiva de integralidad, impidiendo que se sitúen en el nivel de meros derechos morales. En este sentido el derecho constitucional es una herramienta

clave de los Estados para garantizar el menor número de violaciones, así como para fortalecer el control de todos los poderes públicos para salvaguardar tales derechos. Sin esta infraestructura técnica, política y jurídica, los derechos y en especial los sociales y colectivos están condenados a ser siempre un juego de la política.

En el segundo grado de obligaciones para los Estados, se encuentra garantizar niveles esenciales de realización de los derechos. Esto es, deben asegurar al menos un nivel básico a cada derecho para garantizar su efectividad. De esta forma,³⁹ se debe superar tener solo el derecho a su disfrute,⁴⁰ entendiendo que se trata de un todo y que un derecho sin efectividad, aunque esta sea mínima, no tiene mucho sentido. En palabras de Ferrajoli, las obligaciones primarias son aquellas que se refieren a las medidas inmediatas, que consisten en garantizar el andamiaje legal que reconozca los derechos en un plano normativo. Las garantías secundarias se relacionan con las obligaciones inmediatas a solicitar la existencia de un mecanismo legal de reclamo, pero para que este mecanismo opere se requiere definir los niveles esenciales de los derechos para construir un objeto determinado y determinable que permita su tutela. Este tipo de obligaciones apunta a la eliminación de la incertidumbre que causa el no saber a qué tipo de prestaciones tienen derecho los titulares. Si se poseen niveles mínimos, no solo se garantiza su vigilancia, el poder evaluar avances y retrocesos, sino que además se tiene un núcleo del derecho que facilita su exigibilidad y evita que los jueces tengan que fijar mínimos que se encuentren por fuera del principio democrático y de las posibilidades económicas del Estado. En todo caso, los mínimos de los derechos no pueden ser establecidos por fuera de los principios básicos constitucionales, es decir, que en vez de servir de garantías, solo sean útiles para legitimar estados de indigencia y pobreza extrema. El legislador en este caso posee los límites habituales de su gestión, permitiendo un margen discrecional, dentro de los principios de dignidad humana y solidaridad (artículo 1º).⁴¹

.....
39 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2002), 26.

40 Esta distinción analítica, que es provechosa para realizar avances doctrinales en lo material, no puede quedarse en el tener el derecho, sin su posibilidad de reclamo. El objetivo de todo trabajo dogmático en los derechos sociales debe ser su exigibilidad. Sobre la distinción, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 178.

41 Luis Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos fundamentales" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 14 (1993), 19.

Con esta delimitación del objeto de los derechos, se pone en funcionamiento el juego democrático, puesto que de acuerdo con el primer nivel de acción inmediata de los Estados, estos deben probar su incapacidad para no cumplir sus obligaciones. En el Estado constitucional democrático⁴² la presión política sobre la necesidad de cubrir determinados servicios mínimos debe conducir a su determinación. Sin una democracia que permita articular las necesidades de las personas en políticas públicas concretas, por más que el Estado ponga de manifiesto el contenido mínimo de los derechos, fácilmente puede violarlos, ya que no cuenta con un sistema que fiscalice su gestión y sancione su incumplimiento.⁴³

En tercer lugar, se encuentran las obligaciones de progresividad y prohibición de regresividad. Esto significa que los Estados se comprometen por todos los medios a lograr progresivamente los derechos y en especial los sociales. Así las cosas, se pretende impulsar el programa de desarrollo de los derechos desde un punto de vista gradual, acorde con las limitaciones financieras de los Estados. Gomes Canotilho critica la progresividad porque considera que es un principio de abierto contenido ideológico, que puede torpedear el desarrollo de los derechos. El problema de la regresividad se sitúa en el nivel de cobertura de la población: una cosa es hablar de la progresividad en los mínimos de subsistencia de países con un bajo desarrollo de los derechos y otra muy distinta en países cuya cobertura tiene el carácter universal, en cuanto al número de personas que reciben atención. Desde la tesis de la ciudadanía social de T.H. Marshall,⁴⁴ la progresividad, –además de ser de alguna manera intolerable, puesto que se aspira a que todos tengan todo sin gradualidad–, también reviste de gran importancia con respecto al problema de la crisis del Estado bienestar, que entiende que el crecimiento indiscriminado de *derechos*, así como su gran expansión a todos los sectores de

42 Se resalta el papel de la democracia como instancia fiscalizadora, que propicia el desarrollo de los derechos y de la información veraz para su tratamiento como necesidades o intereses tutelados. La democracia es el espacio en el que se desarrollan las oportunidades de los individuos. Con autoritarismo no se puede garantizar el desarrollo de los derechos sociales. Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, (Bogotá: Planeta, 2001), 183 y 194.

43 En este sentido los jueces no solo realizan una labor jurídica, sino también política, puesto que fuerzan la argumentación a los poderes públicos. Sin embargo, la función judicial, no puede so pretexto de esta cercanía, cuyos procedimientos juegan bajo las reglas del derecho y no de la política, intervenir en espacios que le son vedados. Sobre las dificultades del control judicial, Roberto Gargarella, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Interpretación jurídica y decisión judicial* (México: Fontamara, 1998), 215 y ss.

44 Thomas Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social* (Madrid: Alianza, 2001), 20 y ss.; Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad* (Madrid: Mondadori, 1990).

la población crean una situación insostenible para cualquier economía.⁴⁵ Por otra parte, y como observa Gomes, la reversibilidad de los derechos es necesaria para garantizar su núcleo esencial, puesto que no puede asegurarse en todos los casos y en todo tiempo un alto nivel de derechos sociales. Estos límites de los que habla Gomes, corresponden a la gradualidad de los derechos en general dentro del Estado constitucional.

Sin duda alguna la objeción de la reserva de lo posible, puede ser desmontada pero no eliminada. No obstante, lo que debe quedar claro es que esto ocurre para cualquier derecho, puesto que, prima facie, todos requieren de una estructura que necesita de erogaciones para su funcionamiento real. De este modo, la gradualidad y la objeción de la reserva de lo posible, no significan que los jueces no deban proteger los derechos y que siempre deban esperar al desarrollo de las leyes, al entender de antemano que todo derecho es un derecho operativo. Los jueces deben proteger a todos los individuos de aquellos obstáculos reales para la participación en la vida pública (visión procedimental), o proteger a todos los individuos de cualquier afrenta contra su dignidad humana y de aquellos valores que conforman la fórmula política (visión valorativa). En uno u otro marco, se justifica la actuación de los jueces. Esto no se pone en duda.⁴⁶ El problema respecto a la exigibilidad se presenta cuando el juez actúa pero encuentra que no existen recursos para ello. En tal situación los jueces deben hacer una valoración de las consecuencias de su fallo, y si tal fallo no puede ejecutarse por carencia de recursos, buscará medidas no económicas tendientes a morigerar el daño y a asegurar que si en un futuro tales recursos existen, los poderes públicos deben cubrir tal deficiencia. Siguiendo el criterio de Griffin cuando relaciona la capacidad como límite del deber. Esto parece obvio, puesto que no puede exigirse ninguna obligación imposible, pero cobra relevancia en la discusión de los derechos sociales y colectivos y, en especial, de estos derechos en países del Tercer Mundo, donde las constituciones tienden a expresar diversos derechos como contenido

.....
45 Además, la progresividad no garantiza la ciudadanía social a todos, debido al denominado "efecto mateo" según el cual "el gasto social pierde capacidad redistributiva debido, en parte, al efecto de la universalización de los programas públicos. Este permite que las clases medias (no pobres) se beneficien del gasto público, mientras que los grupos sociales más desfavorecidos, en parte por un problema de información, quedan excluidos del sistema de protección". Carlos Ochando Claramunt, *El estado del bienestar* (Barcelona: Ariel, 1999), 64.

46 El problema de los límites de esa actuación es diferente porque se debe ponderar, tal como se ha afirmado, el principio democrático con los demás derechos y principios.

programático, que en muchos casos son derechos sin contenido alguno. Por ello el estudio de los objetos posibles, es decir, del contenido de las obligaciones de los Estados e incluso de los particulares, resulta de trascendental importancia porque abre un abanico de posibilidades y de acciones que contribuyen a la consecución de los derechos sin tener una mediación de todo o nada cuando se enfrenta al problema de la escasez de recursos económicos. De tal forma, existe un deber, mientras se sepa que el Estado es capaz. Esta capacidad no es una medida discrecional, sino un hecho objetivo que puede colegirse de datos empíricos⁴⁷ sobre recursos para otorgar una prestación que cubra algún derecho.⁴⁸ Es aquí donde los jueces pueden ejercer un control efectivo de las acciones de los otros poderes, puesto que deben revisar, una vez se constata la existencia del derecho, si el Estado puede proteger ese derecho. Los jueces tienen entonces una importante labor pedagógica que cumplir. Por tanto, nunca deberán guardar silencio aunque las condiciones económicas sean adversas.⁴⁹ Por tanto, son diversos objetos de obligación que van desde las medidas legislativas, hasta las prestaciones concretas.

Por otra parte, la determinación de las obligaciones hasta ahora recopiladas sugiere un ente obligado que en general es el Estado. Pero ¿por qué el Estado? Las fundamentaciones de esta respuesta dan lugar a efectuar una amplia revisión de la teoría del Estado, que no es pertinente. Pero dentro de la óptica adoptada,

.....
47 Barreto ha criticado que la Corte Constitucional colombiana no hace un análisis de fondo en los casos de derechos sociales sobre las reales posibilidades del Estado, amparando derechos sin saber a ciencia cierta si este puede hacer tal gasto. Antonio Barreto, "Amparo constitucional de los derechos sociales: a propósito del carácter social de la acción de tutela", *Observatorio de Justicia Constitucional* (Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1998). La objeción de Barreto es acertada, pero un análisis de consecuencias no puede solo medir el problema del gasto, sino de las acciones que resultan intolerables para cualquier ordenamiento. En este sentido, la Corte hace mal al ignorar cualquier dato sobre la reserva de lo posible, pero tampoco puede supeditar sus acciones a este hecho, ya que ante el caso concreto es una razón relevante, pero no suficiente, toda vez que, como se ha advertido, los jueces están instituidos para tomar decisiones fuera de la política, que pueden resultar gravosos para el poder político. Además, deben proteger los derechos que el constituyente ha determinado.

48 Desde luego, esta constatación de recursos no se puede interpretar como una revisión del presupuesto: consiste en estudiar si el Estado cuenta con la infraestructura para hacerlo y no lo hizo; si pudiendo ofrecer ese servicio no lo ofreció o si una política determinada esta tiene evidentes fisuras que vulneran otros derechos, al crear una desigualdad insostenible.

49 No se puede olvidar que una de las características del control de los jueces es tomar fallos que incluso sean gravosos para el erario público, ya que lo que están garantizando son los mínimos que toda la comunidad política se ha impuesto para poder coexistir. Los derechos sociales, como mínimos del Estado constitucional contemporáneo, requieren de esa intervención, incluso aunque pueda representar medidas radicales cuando este ha vulnerado intencionalmente tales derechos. Tal es el objeto de la jurisdicción laboral, por ejemplo, que sanciona tanto a particulares como a entes públicos, cuando estos han incurrido en la violación de estos derechos, aunque signifique la quiebra del establecimiento comercial.

—el Estado social de derecho y el Estado constitucional democrático—, el Estado se hace responsable de diferentes áreas debido a que se le exige actuar de acuerdo con un marco valorativo que debe tener en cuenta. Está claro que hoy por hoy, las personas no pueden cubrir todas sus necesidades por sí solas y requieren de estructuras institucionales para alcanzar esa satisfacción.⁵⁰ Asimismo, si por medio de la democracia se dota al Estado de enormes poderes, —manejo de la economía, administración de justicia, relaciones internacionales, etc.—, también se le exige que cumpla una importante función acorde con su poder. Ahora bien, el principio de bienestar que vertebra los Estados sociales de posguerra, no puede convertirse, como lo sugieren sus críticos, en una instancia única de reclamos sociales. Por ello, debe abandonarse una visión paternalista, para asumir una que se enfoque en la responsabilidad de todos con respecto a todos.⁵¹ Los derechos no son solo obligaciones o créditos para cobrar a alguien, sino que crean un sistema de obligaciones en diferentes instancias de la vida social y política.⁵² De esta forma el primer núcleo de obligados para garantizar el cubrimiento de necesidades básicas lo constituye la familia: las necesidades de techo, alimentación, salud, educación le corresponden en primera instancia a ella. Sin embargo, el rol de la responsabilidad se determina acorde con los condicionamientos y actividades de la persona. Si por ejemplo, es un trabajador, todo lo referente con su derecho a un trabajo digno le compete en primera instancia a su empleador. Cada derecho tiene un entorno de desarrollo que determina su exigibilidad. Este entorno mostrará el grado de autonomía del cual goza el individuo para hacer lo que quiera de su existencia. El derecho cuida de que se mantenga su libertad. Ahora bien, como es apenas obvio, en nuestro enfoque social esta asignación de responsabilidades es insuficiente, puesto que el Estado social reconoce precisamente que las

50 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 487. Forsthoﬀ tiene en cuenta este aspecto pese a su teoría restrictiva del Estado social de derecho y a su posición respecto del espacio que ya no pueden manejar los individuos —espacio vital dominado—. Ernst Forsthoﬀ, “Problemas constitucionales del Estado social y concepto y esencia del Estado social de Derecho”, *El Estado social* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986).

51 James Griﬃn, “Derechos de bienestar”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella 1 (1999), 44.

52 Uno de los problemas más acuciantes en la gestión de recursos y la elección de políticas sociales en los países en vías de desarrollo, consiste en la carencia de una conciencia con el Estado y con la sociedad. Por tanto, se concibe al Estado como una institución dadora de todo, un mal padre que debe responder por todos. Este componente cultural (que se expresa en las relaciones coloniales del siglo XVIII en adelante), diﬃculta aún más la articulación de redes para cubrir las necesidades básicas, porque la concepción de lo público se asienta en el autoritarismo y elimina las posibilidades emancipadores en la autogestión de los ciudadanos.

personas no gozan de total autonomía⁵³ y que por ello debe intervenir. Esta visión de la responsabilidad según los ámbitos del derecho, se acompaña del principio de posibilidad de actuación, o lo que es lo mismo, se entabla una relación entre deber y poder. Solo pueden existir deberes si se pueden exigir. El Estado como máximo poder de la sociedad, tiene, en principio, el deber de subsidiaridad, que significa que cuando alguno de los responsables de esos deberes no pueda atenderlos, el Estado debe actuar según los principios y valores del Estado social y democrático de derecho. Esta responsabilidad no solo se sitúa en el nivel de prestación. También tiene un nivel coactivo que implica la utilización de su poder –justicia, policía, etc.– para que en caso de que los obligados a responder por los derechos de otros se nieguen a hacerlo injustificadamente, sean conminados a realizar las acciones que conduzcan a reparar el daño ocasionado y a satisfacer las necesidades legítimamente exigidas. Este es el caso del empleador que no paga el salario a la seguridad social a sus empleados o el del padre que se niega a sostener a sus hijos pudiendo hacerlo.

En este sentido:

[...] cuando el Estado tiene la posibilidad jurídica y material de hacer algo, pero deja de hacerlo y con ello amenaza o daña a una persona dadas sus circunstancias concretas, entonces la persona respectiva tiene derecho a una prestación positiva del Estado.

De este resumen de las condiciones de exigibilidad de los derechos, debe agregarse que en cuanto a la posibilidad jurídica, no puede negarse, dentro del marco del Estado social de derecho, a cierto tipo de prestaciones, o lo que es lo mismo, a aquellas en que el Estado es la última instancia de la cadena de obligados de los derechos. Una norma que niegue esta obligación es inconstitucional puesto que viola los principios básicos de este tipo de Estado. En este caso, si una norma prohibiera la asistencia del mínimo vital, la Corte Constitucional debería sacarla del ordenamiento por contradecir el principio social del Estado, de cuya configuración se derivan sus obligaciones.

.....
53 Este presupuesto del goce de la libertad se construye sobre la base de un mercado ideal que funciona con la inercia de una máquina. En este marco, el derecho se separa de la titularidad y de su ejercicio. Aquí el ejercicio y la protección pasan a un segundo plano. En cambio, en una relación real entre derecho y mercado existe la conexión entre titularidad y ejercicio, basada en las diferentes capacidades y aptitudes de los individuos. Esto es así, porque el mercado aquí se concibe como una institución no natural sujeta a decisiones políticas que originan responsabilidades. Rodolfo Arango, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", *Revista de Derecho Público* 12 (2001), 185-212.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando el Estado no es en principio el obligado, pero los responsables no realizan sus prestaciones y ocasionan un daño inminente al individuo? En este caso el Estado debe dotar a las personas de mecanismos eficaces para que el daño no se produzca o se configure en menor grado. Si estos mecanismos no existen, está obligado a responder por el daño de terceros. Esto se desprende de las obligaciones inmediatas de los Estados de proveer este tipo de estructuras de reclamación. La *Drittwirkung*, o eficacia horizontal de los derechos ante terceros, establece justamente la idea de responsabilidad de protección de los derechos no solo con respecto al Estado, sino también a aquellos particulares que generen afectaciones. En el campo de los derechos en el ambiente tecnológico, este elemento adquiere especial importancia si se reflexiona sobre el papel de empresas y particulares que afectan derechos como buen nombre, intimidad, acceso, etc., y en donde el Estado en muchas ocasiones llega tarde a la protección y tiene poco margen de acción.

A continuación se analizará, respecto al derecho al acceso a Internet, una de las más importantes novedades de esta relación responsabilidad, derechos y TIC.