

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano

Eduardo Calero Jaramillo



DS
Derecho y Sociedad
7

Eduardo Calero Jaramillo

**CULTURA, ARTE Y LIBERTAD
EN EL CONSTITUCIONALISMO
ECUATORIANO**



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



Quito, 2020



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano

Eduardo Calero Jaramillo

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-533-2

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-983-1

Derechos de autor: 058327

Depósito legal: 006585

Impreso en Ecuador, marzo de 2020

Producción editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*
Annamari de Piérola, jefa de Publicaciones; Shirma Guzmán, asistente editorial;
Patricia Mirabá, secretaria

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ecc

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Abreviaturas	13
Prólogo	17
Introducción	21
<i>Capítulo 1</i>	
CONFIGURACIÓN TEÓRICA DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA	25
Fundamentos etimológicos sobre libertad de creación y expresión artística	27
Evolución histórica de la libertad de creación y expresión artística	30
Nociones teóricas y de contexto sobre libertad de creación y expresión artística	52
Configuración de la libertad de creación y expresión artística	59
Necesidad de proteger la libertad de creación y expresión artística	60
a) Por tratarse de una expresión de la dignidad humana	60
b) Por su naturaleza ontológica	62
c) Por ser una dimensión de la libertad humana	64
El acto artístico creativo	65
Objeto y contenido de la libertad de creación y expresión artística	68
El bien jurídico tutelado en la libertad de creación y expresión artística	74
La libertad como aspecto esencial de la actividad artística	77
Vinculación entre libertad de creación y expresión artística y la sociedad democrática	77
Principio de no relativización de la libertad de creación y expresión artística	79
Titulares obligados de la libertad de creación y expresión artística	80

Condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística	89
Entorno normativo de la libertad de creación y expresión artística	89
Abolición de mecanismos de censura previa para la libertad de creación y expresión artística	90
Políticas públicas	91
La protección de artistas y creadores	92
Participación de los artistas y creadores en la vida pública	93
Límites y restricciones a la libertad de creación y expresión artística	94
La libertad de creación y expresión artística como derecho humano	101
La libertad de creación y expresión artística en el Sistema de Naciones Unidas para los Derechos Humanos	103
La libertad de creación y expresión artística en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	106
La libertad de creación y expresión artística como parte de los derechos económicos sociales y culturales	107
La libertad de creación y expresión artística y los derechos culturales	108
Carta Cultural Iberoamericana	109
Declaración de la Diversidad Cultural	111
Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales	113
Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales	115
La libertad de creación y expresión artística como parte del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad	118
La libertad de creación y expresión artística como parte de las libertades culturales	119
La libertad de creación y expresión artística como bien jurídico tutelado por la propiedad intelectual	120
La libertad de creación y expresión artística como parte de la libertad de expresión general	122
La libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo y complejo	127

Capítulo 2

LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO	135
El reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística como derecho constitucional	138
Definición de la libertad de creación y expresión artística en la Constitución ecuatoriana	142
Configuración de la libertad de creación y expresión artística	146
Justificación de la libertad de creación y expresión artística	147
El creciente interés por garantizar los derechos culturales	147
La evidente situación de vulnerabilidad del creador artístico ecuatoriano	148
La difícil situación que atraviesa el quehacer cultural y artístico en Ecuador	149
El cambio de la matriz productiva	149
Contenido de la libertad de creación y expresión artística	151
Titulares de la libertad de creación y expresión artística	153
Sujeto pasivo la libertad de creación y expresión artística	154
Ejercicio de la libertad de creación y expresión artística	157
El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la ciudadanía cultural	157
El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la democracia cultural participativa	161
Garantías a la libertad de creación y expresión artística	168
La libertad de creación y expresión artística y su relación con otras libertades culturales	178
Libertad de creación y expresión artística e identidad cultural	180
Libertad de creación y expresión artística y libertad estética	181
Libertad de creación y expresión artística y el derecho a difundir sus expresiones culturales en el espacio público	182
Libertad de creación y expresión artística y derechos a la comunicación e información	185
Libertad de creación y expresión artística y derechos lingüísticos	186

La libertad de creación y expresión artística y el derecho a la independencia de los creadores artísticos	187
La libertad de creación y expresión artística y el derecho a acceder al arte	189
Restricciones a la libertad de creación y expresión artística	190
El respeto al derecho ajeno	191
La moral vigente frente a la libertad de creación y expresión artística	192
El orden público y la libertad de creación y expresión artística	197
El bien común	205
Formas encubiertas de censura	210
Censura del mercado	219
Autocensura	220
Tipos de autocensura	220
Elementos de la autocensura	221
La libertad de creación y expresión artística en el constitucionalismo ecuatoriano	222
La libertad de creación y expresión artística en el Estado ecuatoriano	228
La libertad de creación y expresión artística en la legislación nacional	234
La legislación cultural ecuatoriana	234
La libertad de creación y expresión artística en la Ley Orgánica de Cultura de Ecuador	236
Ley Orgánica de Comunicación	242
La libertad de creación y expresión artística y el régimen legal de derechos de autor	248
Libertad de creación y expresión artística y responsabilidad del Estado ecuatoriano	248

Capítulo 3

LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL ÁMBITO DE LA CANCIÓN DE AUTOR ECUATORIANA

El carácter libertario de la canción de autor	256
Cuestiones metodológicas aplicables al estudio de la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana	258
La imposibilidad de plantear una definición para la canción de autor	262

Evolución de la canción de autor	264
El cantautor y la libertad de creación y expresión artística	269
La libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana y sus tensiones con el poder	276
El acceso a medios de comunicación y su relación con el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor	279
Canción de autor, libertad de creación y expresión artística e industria musical	283
Libertad de creación y expresión artística, uso del espacio público y canción de autor	289
La garantía de acceso al financiamiento público y su relación con la libertad de creación y expresión artística en la esfera de la canción de autor	302
Problemas teóricos y cuestiones prácticas: Casos, dudas y perspectivas en torno a la libertad de creación artística en la canción de autor ecuatoriana	310
La falacia de las contradicciones normativas	310
Políticas públicas, libertad de creación y expresión artística y canción de autor	320
La tutela de la libertad de creación y expresión artística y la canción de autor ecuatoriana	327
Visión de futuro sobre la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana	335
Conclusiones	341
Bibliografía	353

El espejo de la utopía nos proporciona una especie de teoría crítica que ninguna mera política práctica ni filosofía sistemática pueden esperar desarrollar.

Hakim Bey

*La mayor riqueza que tiene un país es la cultura, eso lo hace más libre.
Un país será más libre en cuanto sea más culto. Es difícil que
exista un país culto que se haya sometido a una tiranía.*

Luis Eduardo Aute

Abreviaturas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AECID	Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo
AEDEP	Asociación ecuatoriana de editores de periódicos
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAEIP	Centro de Altos Estudios e Investigación Pedagógica
CCPT	Corte Constitucional para el Período de Transición
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEP	Centro de Estudios y Publicaciones
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CERLALC	Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe
CEN	Corporación Editora Nacional
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CLACSO	Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
CNCINE	Consejo Nacional de Cine
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRE	Constitución de la República del Ecuador
CSC	Consejo Suramericano de Cultura
CTG	Comisión de Tránsito del Guayas
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EE. UU.	Estados Unidos de Norteamérica
FCE	Fondo de Cultura Económica
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
IAEN	Instituto Altos Estudios Nacionales

IEPI	Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual
IJJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
IFESA	Industria Fonográfica Ecuatoriana
INADI	Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo
INREDH	Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (por sus siglas en inglés)
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
OEA	Organización de Estados Americanos
OEI	Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONG	Organismos no Gubernamentales
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
RO	Registro Oficial
RUAC	Registro Único de Artistas y Gestores Culturales
SAYCE	Sociedad de Autores y Compositores de Ecuador
SENPLADES	Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo
SIDH	Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos
SUPERCOM	Superintendencia de la Información y Comunicación
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UASB-E	Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
UEC	Universidad Externado de Colombia
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UMI	Unión de Músicos Independientes

UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (por sus siglas en inglés)
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNIANDES	Universidad de los Andes

Prólogo

La obra que tiene en sus manos es el fruto del trabajo presentado por Eduardo Calero Jaramillo para la consecución de su título de doctor en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Este estudio cuenta con los aportes de los miembros del tribunal ante el que se defendió, los doctores César Montaña Galarza, Fernando Balseca Franco y Patricio Guerrero Arias, a quienes expreso mi agradecimiento como directora de la de la tesis y del programa.

Eduardo Calero Jaramillo es académico, escritor, poeta, trovador, profesor, universitario, jurista, estudioso de la filosofía, promotor de los derechos humanos, los derechos culturales y de la cultura de paz. Es uno de los principales representantes de la trova latinoamericana. En su trayectoria artística cuenta con dos poemarios: *Evidencias e Historias comunes* y el cuento "Doble filo". Estos textos, que si bien fueron escritos a temprana edad, evidencian, su compromiso social y espíritu libertario. En cuanto a su propuesta musical, Eduardo es el creador de una nueva corriente musical denominada "Trova ecléctica", un paso adelante en el proceso de evolución de la "Nueva canción", que demuestra las influencias de toda la cultura musical ecuatoriana y universal, en conjunción con un pensamiento que promueve la cultura multidiversa. La trova ecléctica, sin renunciar a su origen auténticamente ecuatoriano, intenta incluir, desde el eclecticismo, toda la multidiversidad del mundo.

¿Jurista con alma de poeta o poeta con alma de jurista? O lo que sería más sugestivo, ¿un tritón con cuerpo de jurista y cabeza de poeta o un centauro con cuerpo de poeta y cabeza de jurista? Creo que en el caso de Eduardo esta distinción no puede ser aplicada. En él habita una misteriosa, cuanto coherente, relación entre estos dos mundos, una transdisciplinariedad que enriquece ambos y los complementa. No se trata de convertir lo jurídico en poético dedicando un poema a los derechos de la naturaleza o una canción al derecho de resistencia; sino de vivir y sentir el derecho desde aquella libertad semántica y conceptual que solo las artes pueden inspirar. En su obra jurídica y literaria, se demuestra lo que todos los juristas deberíamos ser, esto es, personas especialmente receptivas a valores que son antes que todo sentimiento: igualdad, justicia, libertad. En este sentido,

quien da contenido, explica: aplica las reglas que orientan la convivencia entre los seres existentes (humanos y no humanos, bióticos y abióticos) y debería amar estos seres, y quien ama estos seres ama la poesía, donde por poesía se entiende la misma esencia de todo arte, en cuanto instrumento para recordar, expresar y modificar los pensamientos y los sentimientos del espíritu. Además, tal vez no sea insensato pensar que esta poesía alcanza mayor intensidad en los defensores de los derechos, los defensores de todos aquellos que desde siempre y por muchas razones diferentes fueron excluidos de su efectivo goce. Todo aquel que intenta defender y proteger estos derechos no solo tiene que quitarse los guantes y ensuciarse las manos, sino que además tiene que estar abierto a la esperanza, a la increíble esperanza de la poesía que libera. Estas, sin duda, son las principales razones del éxito de Eduardo Calero Jaramillo en la construcción teórica de la naturaleza libertaria de los derechos culturales contenida en este libro.

La Constitución ecuatoriana de 2008 rompe muchos de los esquemas tradicionales que justifican y fundamentan el derecho, la centralidad de los derechos y la búsqueda de la armonía en las relaciones entre las personas, y también con la naturaleza. La potencialidad de este texto es la de abrir un camino para construir un modelo distinto al propuesto desde el desarrollismo capitalista, y también diferente al del estatalismo inhumano y anti-libertario. Un camino que constituye en la práctica un principio y un proyecto político es la alternativa a la modernidad capitalista, caracterizado por ser una visión inclusiva del mundo que impulsa a vivir en equilibrio y armonía con lo existente, pues no se puede vivir bien si los demás viven mal; es algo enorme y complejo, que no se reduce a la escasa visión de los planes nacionales ni a las ejecuciones de proyectos gubernamentales, creación de ministerios especializados o articulado constitucional. Es un proceso que implica luchas sociales y, sobre todo, un cambio de paradigma. La especie humana se acostumbró a no pensar por sí misma, sino en función de la cultura y estructura lingüística a la que pertenece; aceptar que el pensamiento no es un fenómeno individual ayuda a comprender la heterogeneidad de arquetipos ideológicos empleados para que las personas reproduzcan un determinado *status quo*, y también sirve para vislumbrar el camino a emprender para toda cultura que no quiera cimentarse en los mismos postulados de la que quiere emanciparse. Algo grande y significativo se cuece en nuestro entorno geográfico; culturas rebeldes surgen en Latinoamérica, culturas que empiezan a abrir senderos conducentes hacia el reconocimiento de lo que se ha definido como constitucionalismo cultural. Culturas que buscan alejarse de los postulados capitalistas generando una nueva forma de convivencia humana en la diversidad y en armonía con la

naturaleza. Culturas que buscan alejarse de la noción vulgar del tiempo, denominada así por Heidegger, basada en el olvido del pasado y en un pensamiento dirigido a adquirir las expectativas implantadas por la sociedad como metas a alcanzar. Culturas que quieren apartarse de vivir un presente en olvido y con una visión permanente enfocada en un futuro común, un futuro de dualidades en que solo existe lo bueno y lo malo. Culturas que buscan construir un futuro anclado en el pasado entrelazando las tres dimensiones de la temporalidad, esto es, el haber sido, el ser y el advenir.

Un constitucionalismo cultural que se expresa en un derecho constitucional de la cultura en su triple dimensión: cultura en el sentido que le imprimió el movimiento de los derechos humanos en términos de derecho a la educación, derechos intelectuales y artísticos; cultura en el sentido de los elementos que definen la unidad que produce identidad: religión, lengua, raza etc.; y cultura en el sentido de colectivos y grupos que interactúan en diversas esferas sociales y reclaman un espacio para reproducirse y desarrollarse. Todo esto se plasma en el reconocimiento de los derechos culturales que por su misma naturaleza implican diversidad, multiplicidad y características diferenciadas en relación con los otros derechos, lo cual determina que los mismos encuentren dificultades en su desarrollo tanto a nivel conceptual como normativo. Dentro de los derechos culturales se encuentran las libertades culturales y dentro de ellas destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística, por su complejidad y particularidades que dificultan aún más la tarea antes descripta.

Eduardo Calero en este libro “recoge el guante” y acepta el reto ofreciendo no solo un estudio exhaustivo y crítico de las problemáticas inherentes a la conceptualización, delimitación e implementación de la libertad de creación y expresión artística, sino además demostrando que, como el mismo autor expresa: “el discurso de los derechos es parte del orden simbólico, se caracteriza por ser una construcción cultural; por tanto, el ideal de un Estado de derechos y justicia es una forma de visualización creativa elevada a nivel social, es decir, un medio de usar la imaginación colectiva para sobre ella construir un ideal que finalmente será realizado por los gobiernos, los expertos, los tecnócratas, etc.”.

En síntesis, se trata de un libro valioso por la rigurosidad en la elaboración de un diagnóstico crítico, por el exhaustivo análisis empírico y, sobre todo, por su carácter propositivo en el desarrollo de nuevas estrategias de transformación y emancipación social y cultural. Un texto que se inserta en la tradición de pensamiento que el Doctorado en Derecho de la Universidad Andina, poco a poco, ha consolidado gracias a estudios como este; estudios concebidos desde la convicción de que la finalidad del derecho es la

lucha para un derecho transformador, un derecho capaz de sentipensar y repensarse desde las sensibilidades que las características de nuestro ser determinan. Una lucha que, como muchas veces he defendido, solo puede y debe emprenderse desde un determinado contexto fáctico, considerando la realidad como problema y con el más alto rigor intelectual.

Finalmente, dejo constancia de que este estudio representa una afirmación más de la consolidada trayectoria de la multifacética vida de Eduardo Calero, inspirada desde siempre en la militancia, en la lucha por y para los derechos. Y, por otra parte, de la estima que siento hacia él por su capacidad y ejemplo, hay libros de derecho que se escriben como una sinfonía o, en su caso, como una trova; libros en los que confluyen vivencia y teoría, amor y sabiduría y que, utilizando el texto de una de sus canciones, encarnan, al igual que la espada de Bolívar un “camino sin retorno para quienes seguimos luchando por un ideal”. Gracias, Eduardo, por este trabajo que me enorgullece haber podido guiar y prologar.

Claudia Storini
Quito, 2 de febrero de 2020

Introducción

El 20 de octubre de 2008 entró en vigencia la última Constitución de la República del Ecuador (CRE), a la que con el tiempo se le ha nombrado de distintas maneras; así, se la conoce como la Constitución de Montecristi, al tomar como referencia la ciudad en la que estuvo asentada la sede de la Asamblea Constituyente, también se la conoce como Constitución del Buen vivir.¹

La Constitución ecuatoriana es definitivamente innovadora, puesto que rompe con esquemas tradicionales y plasma la utopía de una ciudadanía del Estado a través de la profundización de la democracia, la centralidad de los derechos y la búsqueda de la armonía en las relaciones entre las personas y la naturaleza. La promesa constitucional fue la de abrir un camino para construir un modelo distinto al propuesto desde el desarrollismo capitalista y diferente al del estatalismo inhumano y antilibertario, razón por la cual se apostó por un modelo de ordenamiento social basado en los derechos y libertades que posibilitan la plena realización de la dignidad humana y, al mismo tiempo, una nueva forma de convivencia orientada a cuidar el equilibrio de la naturaleza.²

Sin embargo, al instituir dos cuestiones tan fuertes como la centralidad de los derechos y la plenitud de la existencia humana, fluyendo de manera eufónica con la naturaleza o *pachamama*,³ facilitó la incorporación de los discursos más innovadores en la constituyente de 2007-2008, siendo gran parte de ellos recogidos en la CRE de 2008.

Una de estas innovaciones tiene que ver con el reconocimiento explícito de los derechos culturales, cuando en la parte final del art. 377 de la

1 En el texto constitucional se habla indistintamente de buen vivir o Sumak Kausay, aunque realmente *sumak kawsay* podría traducirse acertadamente como vivir bonito, este último término tomado desde la cosmovisión de los pueblos indígenas ecuatorianos, tendría una acepción de vida en plenitud. (Nota del autor)

2 “El concepto del Buen Vivir no solo tiene un anclaje histórico en el mundo indígena, se sustenta también en algunos principios filosóficos universales: aristotélicos, marxistas, ecológicos, feministas, cooperativistas, humanistas”. Acosta Alberto, “El buen vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi”, *Policy Paper*, n.º 9 (2010): 13.

3 *Pacha* puede ser traducido del quichua como universo, mundo, tiempo, lugar; en tanto que *Mama*, significa madre.

Constitución dice textualmente: “Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales”.

La incorporación de esta frase tiene profundas connotaciones jurídicas, ya que significa que se ha dado un paso hacia adelante, transitando del constitucionalismo social al constitucionalismo cultural y al Estado de cultura,⁴ elementos sustanciales en el proceso de configuración del complejo y multidimensional tipo de Estado ecuatoriano, que definitivamente es único en el mundo.

Los derechos culturales entrañan una gran diversidad, multiplicidad y características especiales, que hacen que al ser parte de los derechos humanos y constitucionales encuentren dificultades en su avance a nivel conceptual y jurídico, constituyendo un verdadero reto para Ecuador garantizar su cumplimiento. La CRE señala una *garantía de pleno ejercicio*, lo que significa que el Estado brindará apoyo, protección, aval y respaldo, mediante todas las medidas y mecanismos disponibles, para que todos los derechos culturales contemplados en la Constitución, y en los tratados e instrumentos de derechos humanos, debidamente suscritos y ratificados por Ecuador, puedan realizarse en concomitancia con la vida en plenitud que promete el *sumak kawsay* o buen vivir. El dar un sentido a esa vida en plenitud constituye vida cultural.

En los derechos culturales se incluyen también las libertades culturales, y dentro de ellas, destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística, por su complejidad y particularidades.

Sin lugar a dudas, el llamado *constitucionalismo cultural* puede llegar a desconcertar a más de un jurista y molestar a más de un purista, por el conjunto de saberes que se requieren para su comprensión.

El estudioso del derecho formado en un positivismo rígido y convencido del purismo normativo, se sentirá desorientado, más aún cuando la nueva doctrina constitucional se encuentra en fuentes diversas e inesperadas, muchas de ellas no formales.

El presente estudio está inspirado en los discursos más vanguardistas, que la Constitución ecuatoriana ha podido recoger y cuya implementación en la vida social requiere de ciertas reflexiones sobre aquellos.

El contraste entre el ser de la praxis con el deber ser del derecho puede generar en el lector cierta sensación de desaliento frente al extraordinario avance que ha significado el nuevo constitucionalismo ecuatoriano para el pensamiento jurídico; sin embargo, no se puede negar que el pacto político constitucional del año 2008, finalmente, no es más que una puesta

4 La noción de Estado de cultura ha sido desarrollada por el jurista alemán Peter Häberle cuyo aporte teórico analizaremos más adelante. (Nota del autor)

en juego de ciertas relaciones de poder, que hacen que sea uno el tipo de Estado expresado en la Constitución, y otro el que se impone y está presente en el día a día.

En el imaginario social, el Estado aparece como un ente ideal encargado de administrar el bienestar, no obstante, muy pocas veces nos damos cuenta de que la propia legitimidad de la Constitución, las leyes, los reglamentos, los decretos y demás actos de gobierno, simplemente facilitan la persistencia abstracta e institucionalizada del poder.

El arte es antipoder por naturaleza y la libertad de creación y expresión artística estarán siempre en las antípodas de la opresión, el autoritarismo y el despotismo; por consiguiente, no es funcional a un sistema de derechos y libertades diseñado como herramienta de los poderes dominantes de la hora presente, para seducir a la gente, para encandilar a los pueblos.

El discurso de los derechos es parte del orden simbólico, se caracteriza por ser una construcción cultural; por tanto, el ideal de un Estado de *derechos y justicia* es una forma de visualización creativa elevada a nivel social, es decir, un medio de usar la imaginación colectiva, para sobre ella construir un *ideal* que finalmente será realizado por los gobiernos, los expertos, los tecnócratas, etc.

La libertad de creación y expresión artística, si no está debidamente contenida y sometida, puede ser peligrosa para el *statu quo* porque puede desnudar la naturaleza del Estado, del derecho y, por tanto, del poder, y puede mostrar las fracturas de un orden en el cual justamente el poder a través del Estado y del derecho concede a sus súbditos unas prerrogativas para mejorar sus vidas. El arte libre es ácrata, crítico, confrontativo, e insumiso y por ello la inclusión del derecho constitucional a crear y expresar arte, pretende no garantizar una libertad cultural, sino alcanzar la sujeción del arte en libertad a la razón del derecho.

Capítulo 1

CONFIGURACIÓN TEÓRICA DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA

En el presente apartado se estudiarán los temas libertad de creación y expresión artística desde la teoría jurídica de los derechos humanos¹ como fuente originaria de esta libertad cultural.

La esencia, los aspectos generales, los atributos y las cualidades de la libertad de creación y de la expresión artística se evidenciarán a partir de la observación teórica a los múltiples movimientos y transformaciones de su proceso dialéctico, que sin lugar a dudas configuran las relaciones de significación que por sí misma produce y emerge como trascendencia.

El trabajo epistemológico de comprensión e interpretación por tanto, se asumirá como una tarea con pares dialécticos opuestos, con el fin de fortalecer una perspectiva distinta que vaya más allá de la simple paráfrasis, para llegar a una identificación de los aspectos sustanciales del estudio, con el fin de alcanzar una adecuada reconstrucción del significado del objeto de estudio, lo que a su vez conducirá hacia el reordenamiento de interpretaciones precedentes y la expresión de nuevos significados desde otra mirada, lo que permitirá integrar estos procesos interpretativos hermenéuticos en todo el proceso de construcción del conocimiento.²

El estudio de los derechos y libertades culturales es complejo, extenso y hasta cierto punto problemático, debido a su dispersión y a la gran multiplicidad de fuentes de diversa naturaleza que deben ser consideradas.

Estudiar un solo derecho tampoco es fácil, tal es el caso de la libertad de creación y expresión artística, pues siendo un evento constituye un holón; es decir, al mismo tiempo, la totalidad y la parte, lo objetivo y lo subjetivo y, en consecuencia, lo incompleto en plena transformación, que en su dinámica se relaciona con su entorno para de ese modo integrar su coherencia interna y definición, en interacción constante.

1 Amplia información en Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos* (Madrid: Trama, 2005).

2 Sobre este debate de carácter epistemológico recomendamos la lectura del texto de Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Katz, 2008).

Cultura, derechos y libertades culturales, y dentro de ellos la libertad de creación y expresión artística, ordenan y reacomodan la realidad, por medio de constructos teóricos imaginarios que insuflan contenidos al discurso jurídico, inclusive desde una justificación tan utilitaria como los beneficios económicos que la cultura podría traer a la economía, lo que hace que la garantía de la libertad de creación y expresión artística, habiendo sido considerada desde la reflexión jurídica una temática marginal y hasta despreciada por la academia, el día de hoy se esté tornando en una prometedora vía de desarrollo económico y social desde la lógica de la economía naranja.³

Resulta pues, una cuestión imperiosa que se dé a este tema un tratamiento distinto en el mundo del derecho. Se impone, por tanto, la necesidad de comprender las nuevas realidades jurídicas de la hora presente, partiendo de ciertas nociones ya presentes en el derecho internacional y en los constitucionalismos nacionales,⁴ para empezar a mirar con otros ojos los derechos y las libertades culturales.

Queda, finalmente, una importante tarea por resolver, respecto a cómo manejar las contradicciones entre derechos y libertades emancipatorios y contestatarios, como es el caso de la libertad de creación y expresión artística, frente a proyectos de funcionalización de la creatividad mediante la disminución de la libertad, para que pueda volverse rentable, o se ajuste a los intereses gubernamentales; cuestiones en las que sin lugar a dudas jugará un papel muy importante el derecho.

La tendencia de las sociedades humanas a autorregularse ha generado una experiencia normativa que siendo esencialmente una forma de legitimación cultural, constituye lo que hoy conocemos como derecho, cuyo objetivo es validar las prescripciones normativas que orientan y regulan la interacción social, a través de un conjunto de subcomponentes culturales que finalmente llegan a constituirse en un discurso del poder, solemne y sumamente codificado.

La discursividad del derecho no es más que un proceso de replicación y asignación de entidades culturales;⁵ de modo que el actual interés sobre los derechos y libertades culturales, es un retorno a la fuente, al origen mismo

3 Ver información disponible en Felipe Buitrago Restrepo e Iván Duque Márquez, *Economía naranja: Una oportunidad infinita* (Bogotá: Puntoaparte Bookvertising / Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

4 Ver Luis Carlos SÁCHICA, "Constitución y derecho internacional", *Revista Derecho Público*, n.º 31, (1993): XX.

5 Amplia información en Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*, t. I y II (Ciudad de México: Taurus, 1987); Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: CEPC, 1989).

de lo humano, del lenguaje, de la sociedad y del derecho, que son actos concurrentes y, por tanto no pueden ser abordados de manera separada.

Hay libertades culturales como la libertad de creación y expresión artística que pueden volverse contra el poder, cuestionarlo y reclamar una redefinición del derecho que supere su sentido de rigidez jurídicista y se vuelva libertario.

Los anarquistas parecen tener una concepción creativa del derecho negando toda forma coercitiva y limitadora; así, observando la sociedad como un conjunto plural de grupos diversos, nuestra visión sobre el derecho se amplía notablemente y no lo observamos únicamente como legitimación de la clase dirigente y del orden centralizado. En este sentido, y a mi modo de ver las cosas desde mi propia perspectiva ácrata, una sociedad libertaria tendrá una concepción diferente sobre el derecho, todo lo amplia posible, pero sin negar de forma simplista su necesidad; lo mismo que la visión sobre el Estado, desde las ideas libertarias, es sólida y muy coherente en su crítica, reclamándose su disolución en la vida social, así ocurre con una posible teoría del derecho basada en la espontaneidad, la pluralidad, la libre asociación, la autogestión o el federalismo (por citar algunos de los valores anarquistas).⁶

Con ello se quiere destacar la necesidad de realizar una lectura alternativa del derecho como instrumento del poder para el sometimiento de los seres humanos, sin negar su utilidad como forma de articulación de la convivencia humana en contextos de organización social compleja; lo que no significa que se justifique en sí misma la existencia de un derecho arbitrario, sino más bien destacando la necesidad de replantear lo que hoy mantenemos como dogma incuestionable para entrever nuevas formas de relación social y el desarrollo de un paradigma jurídico ácrata.⁷

Con estas ideas en mente, a continuación se reflexiona sobre algunas cuestiones generales de la libertad de creación y expresión artística.

Fundamentos etimológicos sobre libertad de creación y expresión artística

En primer lugar, vamos a entender el significado de los vocablos libertad, expresión, creación y arte, coincidiendo plenamente con la importancia que Humberto Maturana da al lenguaje, al que considera el fundamento de lo humano y el modo de vivir; el lenguaje nos permite relacionarnos

6 Capi Vidal, "Apuntes sobre derecho y anarquismo", *Reflexiones sobre Anarres*, 5 de marzo de 2103. <http://reflexionesdesdeanarres.blogspot.com/2013/03/apuntes-sobre-derecho-y-anarquismo.html>, consulta: 23 de noviembre de 2015.

7 Sobre este tema resulta oportuna la lectura del ensayo de Carlos Adrián Garaventa, "Anarquismo ¿contra el derecho?", *Revista Lecciones y ensayos*, n.º 3 (2010).

con el medio, y las palabras constituyen las dimensiones de organización y adaptación.⁸

El derecho tiene ante todo una forma discursiva⁹ cuya unidad fundamental se encuentra en la palabra, razón por la cual se hace necesario partir de la etimología, como punto de partida inicial, para que quede completamente claro el sentido y el alcance de la terminología empleada.

El concepto libertad de creación y expresión artística, etimológicamente está constituido por cuatro vocablos que vienen de las palabras: libertad, creación, expresión y arte.

Libertad: se considera que la primera expresión de la idea de libertad, constituye la representación cuneiforme sumeria *Ama-gi* cuyo significado aproximado sería *volver a la madre*, y que estaba relacionada con la manumisión de los esclavos.¹⁰

Según el *Diccionario de la lengua española* (2001), libertad viene del latín *libertas, -ātis* con igual significado: "Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y en los sistemas democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas."¹¹

La palabra libertad en su uso común, significa la capacidad que tienen las personas para obrar según su voluntad, sin la injerencia de agentes externos.

Creación: significación y efecto de crear, u obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva.¹²

Creación es un vocablo derivado de crear, que viene del latín *creare* cuyo significado sería engendrar, también está emparentada con *crecere*, que significa crecer, por lo que la palabra creatividad llega a significar algo así como *crear de la nada* y es por ello seguramente que la creación ha despertado desde siempre gran interés y curiosidad, para todo ser humano [...] ¿De dónde vino la inspiración a Homero para escribir la *Ilíada* o la *Odisea*? ¿De dónde nació la capacidad innovadora de Leonardo da Vinci? ¿Cómo concibieron los pueblos ancestrales americanos construcciones como Tiahuanaco o Machu Picchu? Seguramente por ese enigmático encanto es

8 Amplia información en Humberto Maturana, *El sentido de los humanos* (Santiago de Chile: Edic. Dolmen, 1996).

9 Sobre el tema ver Estrella Montolío, *Hacia la modernización del discurso jurídico* (Barcelona: Universitat de Barcelona, 2014).

10 Amplia información en Mascaró Rotger Antonio, "Símbolos de libertad", <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/simbolos-de-libertad>, consulta: 10 de agosto de 2015.

11 Real academia de la lengua, *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed. (Madrid: S. L. U. / Espasa, 2014).

12 *Ibíd.*

que los griegos del mundo clásico pensaban que las ideas creadoras eran de inspiración divina y los artistas solían invocar a las musas, diosas de las artes, hijas de Zeus y Mnemósine, divinidad de la memoria.

En consecuencia, entendemos por creación, aquella capacidad de los seres humanos para generar algo que antes no existía, o lo que es lo mismo dar existencia a algo.

Expresión: el origen de esta palabra está en los vocablos latinos *expressio* y *expressionis*, que se refieren a los gestos y manifestaciones que exterioriza una persona.

El *Diccionario de la lengua española* define: *expresión*: “acción de expresar. La libre expresión del pensamiento”.¹³

La expresión es la posibilidad de comunicar, demostrar o evidenciar algo, por medio de palabras, símbolos, gestos, sonidos o movimientos, rebasando la intimidad del sujeto, para hacerlo llegar a un destinatario.

Arte: su origen está en los términos latinos *ars, artis*.

Y su definición dice: “manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”.¹⁴

Lo que lleva a señalar que el arte es un trabajo u obra fruto del quehacer creativo, el intelecto y la inspiración de su creador. La libertad de creación y expresión artística, desde su etimología, se referiría a la facultad humana para producir y exteriorizar, de forma autónoma y sin intromisión de ninguna naturaleza, el producto de su inventiva e imaginación.

En consecuencia:

Decididamente, en este panorama de la experiencia humana no podríamos definir en la actualidad unas funciones universales de las artes, sino más bien una serie de estrategias de cómo cada persona o colectivo las aplica y contextualiza en su propio proyecto de “construcción de la realidad” (el arte, como mediador de significados, se produce en un contexto de relación y estos significados se construyen de acuerdo con esta necesidad de interpretar la realidad). Estrategias que no solo sirven para descubrir nuevas oportunidades, sino como una manera de concretar elecciones y asumir compromisos. Cuando las artes desempeñan esta función contextualizada en cada situación de realidad, otorgan a lo individual una forma pública en la cual pueden participar otros como manifestación e invitación a una construcción colectiva de los significados.¹⁵

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Javier Abad, “Usos y funciones de las artes en la educación y el desarrollo humano”, en *Educación artística, cultura y ciudadanía*, coords. Lucinda Jiménez, Imanol Aguirre y Pimentel Lucía. (Madrid: OEI / Santillana, 2011), 19.

Por tanto, el arte no solamente es una expresión abstracta, sino por el contrario cumple una función insustituible en la realización del ser humano individualmente considerado, y en la construcción de ese gran proyecto que es la humanidad y del cual somos parte todos. El ser humano es un ente que relaciona su vivencia para que sirva de modelo a otras personas, de modo que no solo hay arte en toda las manifestaciones culturales, sino que existe en toda persona, pues los individuos no pueden vivenciar sin conocer, ni valorar lo vivenciado sin la intermediación de la intuición, el entendimiento, los valores y la creación; de modo que el arte implica a la ciencia y a la política y viceversa, pues a más de un mecanismo de exteriorización de las subjetividades, el arte es un método de conocimiento y de modificación de la vivencia y el mundo.

De este modo, el discernimiento etimológico de los vocablos mencionados en párrafos anteriores, de inicio, nos han conducido a un mejor entendimiento respecto a la naturaleza de la libertad de creación y expresión artística como manifestación fundamental y profundamente humana.

Evolución histórica de la libertad de creación y expresión artística

Entender el complejo proceso de evolución del fenómeno *cultura* es una tarea inacabada, porque ello induce obligatoriamente a ingresar en un terreno controversial, subjetivo e incierto, plagado de multiplicidades e incertidumbres, que viene siendo objeto de reflexión desde el siglo XVIII desde diferentes perspectivas.

En este ejercicio reflexivo utilizaremos como apoyo la teoría de los *memes*, que estudia los modelos de transmisión de información cultural y su evolución, basada en el concepto de *meme*¹⁶ como método de análisis para entender la cultura como resultado de un proceso de transferencia de unidades de información almacenadas en un cerebro y transmitidas por imitación de un cerebro a otro, tal es el caso de ideas políticas, las melodías, las teorías científicas, el derecho, las creencias religiosas, las modas e inclusive ciertas habilidades, lo que nos conduce a entender a la cultura como un complejo sistema adaptativo, fundamentado básicamente en información.

16 Un *meme* es la unidad teórica de información cultural transmisible o copiable de un cerebro a otro, de una mente a otra, de una persona a otra, o de una generación a la siguiente. El término fue utilizado originalmente por el científico británico Richard Dawkins. Algunos autores prefieren referirse a ellos con el nombre de *culturgenes*. Amplia información en Richard Dawkins, *El gen egoísta: Las bases biológicas de nuestra conducta* (Barcelona: Salvat, 1990).

Hay que reconocer, con absoluta honestidad intelectual, que la dificultad que encuentra esta teoría en la esfera de la ciencia es la posibilidad de comprobar, por un método riguroso y aceptable, la existencia de los memes, razón por la cual considerar que esta constituye un explicación científica de la cultura sería aventurado, sin que por ello se desconozca que para los juristas tiene cierta utilidad, a la hora de explicar cómo las sociedades y los seres humanos somos capaces de acoplar nuestra conducta a un ordenamiento jurídico determinado, que bien podría ser definido como un complejo de unidades de información codificadas en forma de principios, reglas y preceptos capaces de regular, condicionar y direccionar el comportamiento, el accionar y el libre albedrío de las personas que viven en sociedad en un momento histórico determinado.¹⁷

La teoría de los memes, en cuanto transmisión de información cultural, se muestra bastante coherente, aunque claro está no se puede reducir toda la explicación del fenómeno cultura a este hecho, pues se podría fácilmente interpretar el tema como un asunto caracterizado por un enfoque de determinismo genético que puede traer ciertos problemas. La teoría de los memes no puede pretender una explicación absoluta de la totalidad que implica la cultura, como tampoco podemos desconocer el hecho de que existe en la sociedad un dominio de lo cultural, como un reflejo de las relaciones sociales de producción, según lo explicó Carlos Marx.¹⁸

Tampoco se puede negar que la cultura en forma práctica constituye un mecanismo utilitario que permite al individuo enfrentar problemas específicos que se presentan durante la búsqueda de satisfacción de sus necesidades; además sería ingenuo negar que la cultura puede convertirse en un poderoso medio de control social¹⁹ o tornarse una fuerza liberadora, como tampoco podemos dejar de anotar que la cultura se dinamiza y cambia por aspectos tales como las transformaciones históricas, los valores de contingencia, las posiciones políticas encaminadas a promover ciertos intereses; de tal suerte que más que hablar de un concepto o una definición de cultura, podemos referirnos a una noción de cultura, como algo inacabado, y que se encuentra en permanente actualización.²⁰

17 Amplia información sobre el tema: Grün Ernesto, "Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 8 (2004-2005).

18 La teoría marxista distingue base o infraestructura de superestructura, esta distinción aparece por vez primera en la obra *Contribución a la crítica de la economía política* de Karl Marx publicado por primera vez en el año de 1859, concretamente en el Prólogo de la misma. Ver Carlos Marx, *Contribución a la crítica de la economía política* (Granada: Comares, 2004).

19 Sobre control social Stanley Cohen, *Visiones del control social* (Barcelona: PPU, 1998).

20 Amplia información sobre el tema en J. S. Kahn, *El concepto de cultura: Textos fundamentales* (Barcelona: Anagrama, 1975).

Si la cultura es información, y también un reflejo de las relaciones económicas, intereses políticos y hasta de los sucesos que se producen en el seno de las sociedades,²¹ es indiscutible la existencia de una red de ideas, emociones y acciones coordinadas a través del lenguaje, posiblemente una de las características más notables de la especie humana, que permite entender que la cultura no es otra cosa sino una expresión de la convivencia humana; de tal modo que los fenómenos sociales son ante todo fenómenos culturales, porque tienen que ver justamente con aquellas realidades que los seres humanos generamos desde nuestra convivencia. Los seres humanos se realizan en sociedad por y en la cultura, de modo que es posible señalar que no existe sociedad humana que no tenga cultura, y por tanto resulta evidente que la cultura es el origen y la fuente del derecho y de los derechos, y por ende de las libertades culturales entre ellas la libertad de creación y expresión artística, materia del presente estudio, más aún cuando la manifestación más pura y dialéctica de la cultura está en el acto creativo y en las infinitas posibilidades de comunicación del mismo.

La sociedad es un producto de la comunicación, que se origina en la convivencia de los seres humanos, se va configurando históricamente a través de un proceso de expansión de la cultura que coadyuva a su desarrollo, en función del aumento en el desempeño comunicativo, en el cual los memes jugarían un papel fundamental, como lo explicamos en apartados anteriores.

En el transcurso del siglo XX, el encuentro de las culturas ha dado paso a la generación de una suerte de amalgama cultural alrededor de todo el globo terráqueo, el papel que han jugado los medios de comunicación es trascendental, pues gracias a ellos se facilita que distintas realidades y expresiones propias de cada cultura de origen, en muchos casos intactas y en otros ya sintetizadas aterricen en un escenario de integración y encuentro; sin embargo, en todas ellas es común encontrar mecanismos de coordinación de la convivencia social, mediante el establecimiento de ciertas formas de control de distinta naturaleza, que constituyen de una u otra forma la justificación para la existencia de ciertas experiencias culturales que trazan el rumbo de la sociedad, tal es el caso del derecho que hoy es un fenómeno casi universal.

Posiblemente, una de las expresiones más evidentes del reconocimiento de la importancia de la cultura, en la configuración de la sociedad, ha sido la creación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 16 de noviembre de 1945, con el objetivo de

21 Amplia información en Alexéev Serguéi, *El socialismo y el derecho: El derecho en la vida de la sociedad* (Moscu: Progreso, 1989), 33-49.

contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones.

Frente a los nuevos retos que las complejas sociedades, como construcciones culturales presentan en nuestros días, la UNESCO aborda con fuerza el tema de la diversidad cultural, entendiéndola como un concepto que reconoce la multiplicidad y relaciones transculturales de las sociedades organizadas en Estados nacionales que comparten el planeta Tierra, como espacio común, y que forman parte del patrimonio común de la humanidad, lo cual implica una acción proactiva en función de la necesaria protección de las culturas existentes, y la interacción y el diálogo entre culturas, razones por las cuales se aprobó la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural.²²

Toda sociedad hasta el momento ha diseñado constricciones, control social para viabilizar su funcionamiento, a través de normas, acuerdos y convenciones, cuyo único propósito es establecer regulaciones a las interrelaciones humanas, destacándose nítidamente el derecho como el mecanismo de mayor trascendencia en el mundo, pero que indiscutiblemente no es sino una expresión absolutamente cultural de la convivencia humana.

Las sociedades complejas han apostado por una forma de organización social llamada Estado, la cual está ligada al ejercicio del poder, cuestión que viene planteándose desde las antiguas discusiones griegas sobre el fundamento del Estado, supuestamente fundado en la justicia, según los sofistas, frente a los argumentos de Platón y Aristóteles que en forma temprana sostuvieron que el verdadero fundamento del Estado radicaba en el interés del más fuerte;²³ sin embargo, sería Mijaíl Bakunin, quien con mayor acierto lograría explicar que el Estado es la negación de la libertad, inclusive el llamado Estado democrático, ya que en ese caso es el pretexto de la voluntad colectiva la que oprime a los pueblos y a cada individuo en concreto.²⁴

Un Estado se legitima por medio de un pacto social, que se expresa en un documento jurídico-político que se denomina Constitución.

Es evidente que, desde este punto de vista, todo Estado tiene necesariamente su propia Constitución. Puede tratarse de una Constitución liberal o no liberal. Puede tratarse de un conjunto de normas escritas o bien consuetudinarias. Estas

22 La *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*. Adoptada por la 31.^a reunión de la Conferencia General de la UNESCO. París, 2 de noviembre de 2001, Resolución aprobada, previo informe de la Comisión IV, en la 20.^a sesión plenaria, el 2 de noviembre de 2001.

23 Amplia información en José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía* (Madrid: Alianza, 1980).

24 Para una mayor comprensión del tema se recomienda leer Mijaíl Bakunin, *Escritos de filosofía política* (Madrid: Altaya, 1994) y Piotr Alekseevich Kropotkin, *El Estado y su papel histórico* (Madrid: Fundación de Estudios Libertarios Anselmo Lorenzo, 2001).

normas, si son escritas, pueden estar o no recogidas en un único documento. Pero, en todo caso, todos los Estados están provistos de una Constitución de cualquier tipo. Este concepto de Constitución es característico del positivismo jurídico moderno, y es el que habitualmente se adopta hoy en día por los estudiosos del derecho público.²⁵

Lo que significa que la Constitución tiene una utilidad política al constituirse en el soporte del poder político, para establecer límites a dicho poder, siempre pensando en el bien común, por ello se torna en un discurso aparentemente avalado por el consenso general; sin embargo, una interpretación más profunda respecto a la verdadera naturaleza de las relaciones de poder, nos permite descubrir el trasfondo de las cosas, pues

bajo la falsa pretensión de un gobierno que se basara en el consentimiento de todo el pueblo, diseñaron para atraparlos en un gobierno de una facción; que debe ser suficientemente poderosa y fraudulenta para engañar a la porción más débil sobre todas las cosas buenas que se dijeron sin sinceridad, y someterlos a todas las malas intenciones no expresadas. Y la mayoría de los que han administrado el gobierno, han asumido que todas estas intenciones trapaceras debían ser ejecutadas, en lugar de la Constitución escrita.²⁶

De modo que la idea de una *Norma Suprema* escrita para servir como límite al poder bien podría ser repensada para considerar que tras el pacto jurídico-político que creemos legitimado, lo que en verdad se pone en marcha es un proyecto de dominación con objetivos mucho más perniciosos; sin que por ello podamos negar que posiblemente la búsqueda de una Constitución ideal, ha sido la que ha movido a las sociedades a transitar las distintas etapas de desarrollo del constitucionalismo, profundamente ligada con el reconocimiento y tutela de ciertos derechos.

En lo que tiene que ver con el desarrollo del constitucionalismo, se profundizará el estudio al analizar cómo existe un primer período también conocido como constitucionalismo clásico o inicial, que toma auge a partir del siglo XIII y se prolonga hasta el siglo XIX, siendo consecuencia de tres revoluciones, la francesa, inglesa y mexicana.

Una segunda fase es el constitucionalismo social, que aparece con la segunda Revolución republicano francés de 1848 y se concreta con la Revolución mexicana de 1910-1917, la Revolución bolchevique de 1917-1918 y la aparición de la primera experiencia república en la Alemania unificada de 1919-1933.

Finalmente tenemos la etapa contemporánea, o constitucionalismo contemporáneo, gestado a mediados del siglo XX, que es una respuesta a

25 Riccardo Guastini, "Sobre el concepto de Constitución", *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 1 (1999): 165.

26 Lysander Spooner, *La Constitución sin autoridad. No es traición* (Asunción: Orden voluntario, 2011), 27.

las secuelas dejadas por la Segunda Guerra Mundial, los procesos de integración interestatales y la caída del muro de Berlín.²⁷

No se puede dejar de lado el estudio del nuevo constitucionalismo latinoamericano, como un nuevo estadio de evolución del pensamiento constitucional, que está claramente liderado por las Constituciones de Ecuador, Bolivia y Venezuela, que más allá del “hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano”.²⁸ Algunos autores ecuatorianos hablan indistintamente de un constitucionalismo plurinacional intercultural, tal es el caso de Raúl Llásag Fernández, de un nuevo constitucionalismo andino transformador, como lo califica Ramiro Ávila Santamaría, o simplemente de un constitucionalismo intercultural, como lo hace Boaventura de Sousa Santos, con el propósito de encontrar mayor precisión para designar las experiencias venezolana, ecuatoriana y boliviana.

De manera general, podemos señalar que la evolución del constitucionalismo ha atravesado por las siguientes etapas:

Un constitucionalismo liberal que puso énfasis en la defensa de las libertades públicas y la existencia de un Estado gendarme que no se inmiscuye en los asuntos de los ciudadanos y se limita solamente a hacer cumplir los contratos entre particulares.

Un constitucionalismo social comprometido con el bienestar de la comunidad, a través de la garantía de los derechos sociales y colectivos para la realización de la justicia social. En este modelo, el Estado tiene un rol activo intervencionista sobre la economía capitalista para lograr el bien común.

Finalmente, creemos que estamos llegando a un constitucionalismo cultural que empieza a manifestarse a partir del reconocimiento de los derechos culturales a nivel normativo, a la vez que promueve la normativización constitucional de valores, principios y reglas que orientan la acción social desde una perspectiva cultural.²⁹

Desde nuestra visión de la evolución del constitucionalismo, y una vez que la promesa constitucional del proceso ecuatoriano gradualmente se ha venido desgastando, se considera que es el momento propicio para hablar

27 Eric Morel, “Constitucionalismo y su evolución”, 8 de septiembre de 2010. <http://ericmorelderechoconstitucional.blogspot.com/2010/09/constitucionalismo-y-su-evolucion.html>, consulta: 3 de noviembre de 2015.

28 Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, ed. Corte Constitucional del Ecuador (Quito: CCPT, 2010), 20.

29 Amplia información en Miguel Carlos Ruiz, “El constitucionalismo cultural”, *Revista Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, n.º 9 (2003).

de la necesidad de plantear un nuevo estadio de transición hacia una sociedad libertaria, a través de un constitucionalismo cultural libertario, que posibilite la construcción de un auténtico espacio político no jerarquizado en el que los seres humanos pueden reconocerse como libres e iguales, para lo cual se hace indispensable “la destrucción de todo poder político y la creación de instituciones sociopolíticas que permitan la extensión sin límites de la autonomía individual y colectiva”.³⁰

Sin embargo, hoy se tiene una realidad distinta, el poder del Estado se encuentra fundamentado en la Constitución, que a su vez necesita de un conjunto de normas y regulaciones que le permitan ejercer sus facultades y justificar sus decisiones, para lo cual se requiere la implementación de una legislación secundaria que posibilite una mejor gestión de la voluntad dominante, toda vez que el “poder lo invade todo, se apodera de todo, se lo arroga todo para siempre jamás: Guerra y Marina, Administración, Justicia, Policía, instrucción pública, obras y reparaciones públicas; bancos, bolsas, crédito, seguros, socorros, ahorros, beneficencia, bosques, canales, ríos; cultos, hacienda, aduanas, comercio, agricultura, industria, transportes”.³¹

Vivimos en una época cada vez más compleja, en la cual el derecho como producto cultural es el resultado de una articulación de tecnologías, reglas, símbolos y comunicaciones de diversa índole y de una rapidez insospechada, de modo que en pleno siglo XXI se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el derecho es una forma discursiva culturalmente heterogénea, toda vez que en la realidad jurídica, culturas diversas compiten por el control del sistema de normas y no resulta claro si el derecho puede definirse como un orden impersonal, universal o legítimo en este contexto de división cultural complejo y diverso, puesto que sistema normativo complejo “se presenta como un conjunto dentro del cual pueden hallarse elementos de muy diversa naturaleza, tales como normas (de conducta y de competencia), principios, descripciones, juicios de valor, definiciones, reglas técnicas, etc. [...]”.³²

Desde un punto de vista práctico, el derecho no es otra cosa más que un proceso instrumental moldeado por la cultura como factor extrajurídico, razón por la cual el momento histórico, las exigencias sociales, las relaciones de poder, la economía, los avances de la ciencia y la tecnología, necesariamente le obligan a adaptarse constantemente y su contextualización

30 Eduardo Colombo, *La voluntad del pueblo* (Buenos Aires: Tupac, 2006), 56.

31 Pierre-Joseph Proudhon, “El principio federativo (Fragmentos)”, http://www.nodo50.org/fau/teoria_anarquista/proudhon/1.htm, consulta: 9 de marzo de 2016.

32 Francisco Javier Laporta San Miguel, “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (1987): 72.

aparece como una de las características fundamentales toda vez que cada experiencia tiene un *ethos* cultural y un sustento epistemológico diferente, el problema se presenta cuando:

Tres matrices se yuxtaponen en nuestro comportamiento ético y cultural: elogiamos la existencia de normas legales, pero estas no modifican nuestra conducta cotidiana; despreciamos y desconfiamos de todo lo que provenga de las instituciones; y desconectamos con demasiada facilidad y frecuencia las normas morales de las jurídicas y estas dos de las culturales [...] Las consecuencias de estas yuxtaposiciones para la convivencia ciudadana y hasta para la paz interior de los individuos, son dramáticas en nuestro medio.³³

Lo que significa que, al ser el derecho antagonico a la libertad, el ser humano vive en medio de una paradoja entre la necesidad de garantizar cierta armonía en sus relaciones de convivencia y la silenciosa y confesada certidumbre de que la norma positiva es cruel e inhumana, lo que conlleva a la existencia de una sociedad esquizofrénica, atrapada en medio de sus propio contrasentido.

Los seres humanos a lo largo de su existencia siempre han buscado satisfacer sus necesidades, por ello el derecho construido desde la lógica de la razón siempre ha intentado legitimar la voluntad dominante, bajo la promesa de conciliar intereses individuales entre sí, así como también compatibilizar dichos intereses con los de la sociedad, de modo que la lucha contra la injusticia y la opresión que desnaturaliza la convivencia humana se reduce simplemente a una batalla reglamentada y justificada por el derecho, condenada de antemano a diluirse en laberintos kafkianos.³⁴

El derecho trabaja entonces de manera ficticia sobre las atribuciones del Estado, para que aparentemente estas no sean excesivas y se pueda minimizar el riesgo del abuso de poder, a partir del reconocimiento de un supuesto orden dentro de la diversidad y de la diversidad dentro del orden; lo que significa que ante todo el derecho tiene como tarea fundamental estandarizar la diversidad cultural y normativa, estableciendo una lógica en la cual la unidad no sacrifique lo múltiple, en especial la variedad cultural, la libertad creadora y la multiplicidad de formas culturales que se expresan en el seno de la convivencia humana, siempre y cuando aquello no afecte el *statu quo*.

33 Sergio de Zubiría Samper, "Filosofías de nuestro *ethos* cultural", *Revista de Estudios Sociales*, n.º 1 (1998) (UNIANDÉS). <http://res.uniandes.edu.co/view.php/27/index.php?id=27>, consulta: 9 de marzo de 2016.

34 El *Diccionario de la lengua española*, define al vocablo kafkiano, de la siguiente manera: "1. adj. Perteneciente o relativo a Franz Kafka, escritor checo, o a su obra. Las novelas kafkianas. 2. adj. Que tiene rasgos característicos de la obra de Kafka. Una visión del mundo muy kafkiana. 3. adj. Dicho de una situación: Absurda, angustiosa. 239. Real academia de la Lengua, *Diccionario*. (Nota del autor)

Carlos Fernández Sessarego, inspirado en las ideas de Ronald Dworking, ha afirmado que toda y cualquier conducta humana intersubjetiva es jurídica,³⁵ pues la pretensión de reducir la calidad de conductas jurídicas a solo aquellas expresamente mentadas por la normatividad, es una desviación conceptual de origen positivista del derecho, ya que en la realidad las conductas humanas intersubjetivas son jurídicas, en la medida en que ellas pueden estar permitidas o prohibidas sin necesidad de estar o no contenidas en la norma jurídica, de tal modo que un juez por ejemplo no puede dejar de administrar justicia aunque no existiera la norma jurídica que en forma expresa resuelva un caso sometido a su conocimiento.³⁶

Es pues, absolutamente evidente que la sociedad entendida como un sistema de relaciones de convivencia entre los hombres, levantado sobre la comunicación, es el lugar en donde se produce la cultura, que a su vez configura la sociedad en un momento histórico determinado y el derecho, como producto cultural, se hace presente en todas las sociedades humanas como resultado del deseo de seguridad o certeza dentro de una convivencia democrática que necesita experimentar todo individuo como parte de un conglomerado humano, sin embargo el problema se presenta cuando el poder a través del Estado diseña las normas jurídica y utiliza la coacción para imponer su voluntad y forzar su cumplimiento, de modo que:

Con todo ello, con ese seguimiento de los patrones que enuncia la misma ley hemos fabricado criaturas ordenadas y nítidas, pero absolutamente inútiles. A lo Pink Floyd ponemos otro ladrillo en la pared, no podemos hacer de nuestro juicio un fundamento de él mismo cuando ese juicio lo único que busca es construir modelos sencillos y a escala de sí mismo, es un texto megalómano, un padre sádico que solo quiere copias de su identidad.³⁷

La cita anterior evidencia como la expresión del derecho, a través de la ley positiva conduce irremediabilmente hacia una severa jerarquización de la convivencia social a partir de una imposición normativa de ciertos valores de una supuesta mayoría, y que finalmente se instituyen como verdades únicas y absolutas capaces de moldear una cultura excluyente y opresiva, revestida de una apariencia de licitud autoproclamada como expresión auténtica de justicia.

35 Ver Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1992).

36 La Constitución de la República del Ecuador vigente, en cuanto a los principios de aplicación de los derechos, señala en el art. 11, num. 3, inc. 2 que: "No podrá alegar la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por estos hechos ni para negar su reconocimiento. (Nota del autor)

37 Ricardo Sanín Restrepo, *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*. (Quito: CCPT / CEDEC, 2011), 115.

El anhelo de los pueblos es sin lugar a dudas alcanzar un Estado democrático,³⁸ entendiendo que la democracia³⁹ es ante todo un sistema cultural basado en la igualdad, en la existencia de instituciones políticas y jurídicas capaces de fomentar y salvaguardar el pluralismo, la tolerancia y la igualdad de oportunidades, que se traduce en una interacción cotidiana de gente que ha convenido libremente observar similares hábitos de obrar y de experimentar los acontecimientos del día a día con cierta sensatez colectiva, por ello se habla de una cultura democrática, capaz de conjugar la libertad con el convencimiento individual y colectivo de que debemos ser solidarios y respetuosos con los demás, todo ello diseñado a partir de orden político participativo, enmarcado en un conjunto de normas jurídicas que facilitan la comunicación en el ámbito de la dimensión cultural sobre la que reposa el complejo mundo de la democracia, pues “la idea del derecho como instancia articuladora guarda relación con la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, que justifica la idea de poder democrático ejercido en forma de derecho”.⁴⁰

Sin embargo, la idea romántica de una democracia de consenso y de absoluta sumisión a la voluntad de las mayorías no considera que los detentadores del poder son capaces de manipular la toma de decisiones, y que las cosas no son tan sencillas como parecen.

¿Qué ocurre entonces cuando la máscara de la democracia cae y vemos que una vez más fuimos engañados, que la participación es una farsa, que el consenso es amañado, que las decisiones importantes las siguen tomando unos pocos y que finalmente lo que siempre estuvo en juego fueron los intereses de los mismos de siempre?

Posiblemente sea el momento de repensar la democracia desde la resistencia, y expresarnos de un modo distinto:

Decimos NO al Estado, a la democracia representativa, a los partidos políticos. No podemos cambiar el mundo a través del Estado, ni a través de la democracia representativa, ni a través de los partidos políticos. Estas son formas de organización que nos excluyen, no articulan el impulso hacia la auto-determinación. No estoy diciendo que no deberíamos nunca votar: probablemente en algunas circunstancias sí tiene sentido votar. Pero está claro que no podemos cambiar el mundo a través de las elecciones. La crisis de la

38 Amplia información sobre el tema en: Karl Held y Emilio Muñoz, *El Estado democrático: Crítica de la soberanía burguesa* (Buenos Aires: Resultate, 1998).

39 Ver Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. José Fernández Santillán (Ciudad de México: FCE, 1986), 24-7.

40 Nelson Cuchumbé Holguín, “Acción comunicativa y organización social, el concepto de derechos en Habermas”, *Criterio Jurídico* 1, n.º 4 (2004), http://www.puj.edu.co/banners/ACCION_COMUNICATIVA.pdf, consulta: 8 de marzo de 2015.

democracia y de los partidos no es un problema, es una oportunidad, una oportunidad de reinventar la democracia y cambiar el mundo.⁴¹

John Holloway, desde la teoría del cambio social, cuestiona la necesidad de tomar el poder para alcanzar libertad y justicia social, tomando como inspiración la democracia radical propone repensar la democracia, lo cual no puede hacerse sin tomar en consideración cuestiones tales como el Estado, el ordenamiento jurídico, los derechos de las personas y la episteme; todo lo cual constituye el resultado de una dinámica cultural compleja, que los cobija y dinamiza.

El arte en sí mismo es una forma de resistencia, puesto que a través del ejercicio de la producción de creaciones con potencial vanguardista es capaz de innovar los modelos perceptivos, dando lugar a otros órdenes de representación y sentido. Lo que permite el surgimiento de una nueva realidad en otra realidad, a partir del incremento e irradiación de aquellas eventualidades no narrativas ni ilustrativas, sino más bien paradójicas, imprevistas e incluso a-significantes y sin sentido aparente, que quiebran el orden establecido y hacen germinar lo inesperado, lo imprevisto, lo contestatario; pero no para instalarse sino para ser simiente de otras dinámicas, de otro equilibrio, de otra armonía, en la que se han estrenado nuevos dominios sensibles.

En cuanto existe no hay que olvidar que siendo la cultura el caudal de saberes que adquieren las personas para tener un mejor conocimiento del mundo, curiosamente en el nivel del saber cultural se separan, las cuestiones jurídicas de las cuestiones morales y éticas.⁴²

Por tanto, y junto al concepto de cultura democrática, se hace necesario incorporar la cultura de la resistencia y la resistencia cultural, en la cual el arte va a jugar un papel preponderante, pues:

El retomar la cultura de la resistencia y la liberación no contiene solo la producción de la obra o su disfrute como tal. No es la producción artística lo más importante para competir y ser premiado como lo promueve la cultura capitalista. Lo fundamental es el ser ente humano en su proceso creador, integrado a la vida presente, a su pasado o historia y devenir. Un proceso creador autónomo y de realización humana, conjugado en su imaginario, en su juego que parte de la realidad más no es representación e imitación. Es un comprender la realidad, con sus antecedentes y devenir, para interpretarla e intervenirla y hacer una aplicación, una nueva creación.

41 John Holloway, "Nuestro poder es el poder del hacer, del crear, de la socialidad. El poder de ellos es el poder de separar, de individualizar, el poder de lo que es", Centro de Estudios Miguel Enríquez, http://www.archivochile.com/Debate/debate_izq_latina/debatizqlatina0019.pdf, consulta: 4 de noviembre de 2015.

42 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 2010), 171.

Es asumir la lucha para obtener la transformación que involucra la formación estética y ética, que es retomar la autonomía, el poder de crear gracias a la libertad de todos los seres entes humanos en igualdad.⁴³

Muchos juristas consideran que la praxis jurídica está muy alejada del arte, a pesar de que algunos autores inspirados en Ulpiano consideran que: “como arte, técnica, o actividad práctica, el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo. También se define como *ars loquendi* y el *ars fori*, o el arte de hablar en los tribunales y el arte del foro”.⁴⁴

En la lógica que manejamos, se podría decir que el Estado nace como una forma de convivencia humana, por medio de una organización política que corresponde a un tiempo y espacio determinados, reconociéndose como elementos básicos: la población, o componente humano, el territorio, el orden jurídico, expresado en unas reglas básicas para la convivencia social, soberanía sustentada en independencia y autodeterminación y un gobierno que expresa la organización y la voluntad del poder, debiendo reconocerse como quinto elemento a la cultura como acertadamente lo plantea Peter Häberle.⁴⁵

La pretensión de dar cierta coherencia a la convivencia social, a causa de los intereses de los grupos y personas que buscan el poder para satisfacer sus intereses, termina diluyendo el rol garantista del Estado, que finalmente se levanta como el rector absoluto de la sociedad y contradice los anhelos emancipatorios de los pueblos y de los individuos, puesto que “lo que el Estado hace y puede hacer está limitado y condicionado por la necesidad de mantener el sistema de organización capitalista del que es parte”.⁴⁶

En la hora presente se tiene Estados con Constituciones que no siempre permiten la organización libre de la convivencia social y que al menos teóricamente imponen límites al poder mediante la garantía de los derechos; al mismo tiempo, los Estados como personas jurídicas del derecho internacional asumen compromisos internacionales de proteger y respetar los derechos de las personas; y justamente parte de estos derechos constituyen los derechos y libertades culturales, entre los que destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística.

43 Betty Osorio, “La cultura de la resistencia y la liberación en la construcción del nuevo pensamiento-praxis filosófico y político”, *Aporrea*, <http://www.aporrea.org/ideologia/a49739.html>, consulta: 3 de noviembre de 2015.

44 Javier Barraca Mairal, *Pensar el derecho: Curso de filosofía jurídica* (Madrid: Palabra, 2005), 32.

45 Ver Peter Häberle, *Verdad y Estado constitucional* (Ciudad de México: UNAM-III, 2006), 151 y Peter Häberle, *Constitución como cultura: Artículos seleccionados para Colombia* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta-UEC, 2002), 103.

46 John Holloway, *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005), 17.

El Informe final de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales del año 1982,⁴⁷ dice que la cultura comprende la creación artística, su interpretación y difusión, además la cultura física, juegos y actividades al aire libre, como también los derechos fundamentales, y los modos en que la sociedad y sus miembros son capaces de expresar sus sentimientos sobre belleza y armonía; sus visiones del mundo, sus modos de creación científica y tecnológica y el control del medio ambiente natural;⁴⁸ sin embargo, todas y cada una de estas expresiones de humanizarse desde la cultura, no pueden entenderse sino a partir de aquella facultad que les asiste a las personas para manifestar su voluntad y ejercer su autodeterminación, la que se conoce con el nombre de libertad y por extensión de las libertades culturales.

Para empezar a explicar la naturaleza y caracteres de las libertades culturales, debemos partir de un breve atisbo a la noción de libertad en general, considerando que las múltiples interrelaciones, los nexos y los desarrollos solo pueden ser entendidos en función de los eventos que han antecedido al objeto de estudio, que lo configuran y lo hacen singular y diverso en función de la naturaleza dialéctica holística y compleja de nuestro objeto de estudio.

Pues bien, desde las revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, el concepto libertad aparece enlazado a las nociones de igualdad y justicia. El filósofo Isaiah Berlin en la célebre conferencia inaugural como *Chichele Professor* de 1958, intitulada "Dos conceptos de libertad",⁴⁹ con gran influencia en la teoría política contemporánea, sistematiza la reiterada distinción entre libertad positiva y libertad negativa, destacando una importante diferencia entre la concepción positiva de libertad que se refiere no al estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma de vida, en tanto que la libertad negativa es algo cuya amplitud es difícil de estimar en un caso determinado, pues solo aparenta depender de la capacidad que se tenga para escoger autónomamente entre dos posibilidades. Sin embargo, la distinción entre los dos tipos de libertad no es suficiente para entender la complejidad de este concepto, pues, paradójicamente y

47 La Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales se llevó a cabo en la Ciudad de México del 26 de julio al 6 de agosto de 1982, en esta conferencia a más de redefinir la noción de cultura para incluir en ella no solo las artes y las letras, sino también los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano y los sistemas de valores, tradiciones y creencias, la conferencia aprobó la Declaración de México sobre las Políticas Culturales con una nueva definición del patrimonio cultural que englobaba las obras materiales e inmateriales, mediante las cuales se expresa la creatividad. (Nota del autor)

48 El texto de la Declaración de México sobre las políticas culturales puede leerse en el portal de la UNESCO, http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf, consulta: 12 de abril de 2012.

49 Ver amplia información en Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (Madrid: Alianza, 2005).

como señala Rousseau, “el hombre ha nacido libre y, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas”.⁵⁰

Se hace necesario distinguir entre libertad negativa y libertad positiva, de modo que: “La libertad negativa es la ausencia de obstáculos, barreras o restricciones. Se tiene libertad negativa en la medida en que tenemos disponibilidad de acción en este sentido negativo. La libertad positiva es la posibilidad de actuar o el hecho de actuar de manera que se tome control de la propia vida y se realicen los objetivos fundamentales propios”.⁵¹

La puntual explicación antes señalada es fundamental para distinguir doctrinariamente entre libertad positiva y negativa, entendiéndose en el primer caso, que solo podemos ejercer nuestras libertades en tanto y en cuanto no existan impedimentos, trabas u obstrucciones para su ejercicio, pues cualquier óbice que contenga a la libertad termina por vulnerarla completamente; no obstante cuando se habla de libertad positiva, se lo hará respecto a la posibilidad de cierta autarquía individual.⁵²

Así, se considera que la noción libertad es compleja y tiene que ser considerada desde una perspectiva integral, pues es *qualia*,⁵³ concepto esencial y categoría relacional según la forma como en función de los factores condicionantes se expresa como un todo. Dicho en términos jurídicos resulta imposible que un juez pueda determinar metafísicamente si una persona es libre, porque solo puede resolver el caso concreto en función de lo observable de modo que no puede ir más allá del examen y percepción empíricas del asunto sometido a su conocimiento, es decir solamente podrá considerar lo que está permitido, lo que esta ordenado y lo que está prohibido, como límites del espacio de la libertad jurídica, lo cual es evidentemente una zona reducida a regulaciones e imperativos normativos, que poco o nada tiene que ver con la realización plena de la utópica libertad plena.

50 Juan Jacobo Rousseau, “El contrato social”, 4, Aleph.com, <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20El%20Contrato%20Social.pdf>, consulta: 26 de diciembre de 2012.

51 Ian Carter, “Libertad negativa y positiva”, *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n.º 10 (2010): 15.

52 Aunque jurídicamente se ha discutido ampliamente el tema, consideramos que uno de los aportes más notables sobre el verdadero ejercicio de la libertad positiva expresada como un auténtico autarquismo está en el pensamiento de Robert LeFevre. Amplia información en Brian Doherty, *Radicals for Capitalism: A Freewheeling History of the Modern American Libertarian Movement* (Nueva York: PublicAffairs TM, 2007) y Murray Rothbard, *The betrayal of the American Right* (Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007).

53 El término *qualia* deriva del latín “*qualis*” que etimológicamente significa “como es”. Filosóficamente se emplea para definir una experiencia mental: la vivencia personal subjetiva de las cosas, las expresiones sensoriales, las percepciones, etc., ante lo cual se presenta un vacío explicativo. (Nota del autor)

La libertad individual supone la capacidad de cada uno para decidir autónomamente sobre las cuestiones esenciales de su vida, haciéndose responsable ante el conglomerado social de las consecuencias de tales determinaciones, y por supuesto de los resultados y efectos de sus acciones tomadas con plena conciencia y voluntad; no debemos olvidar que en según el momento y el contexto histórico, la libertad de las personas se expresa y se realiza de distinta manera.

En esta misma línea de reflexión, resulta interesante analizar el paso de la noción libertad individual, al concepto libertades públicas,⁵⁴ pues este último tiene que ver ya no tanto con el individuo, sino más bien con la autonomía de la sociedad civil respecto de la sociedad política, en consecuencia, la libertad reclamará su espacio en la esfera de un conjunto de actividades propias de la convivencia humana, y así se empezará a hablar sobre libertades culturales, religiosas, científicas, políticas y económicas, como propias de la sociedad civil, reservando del poder del Estado, un espacio de desarrollo autónomo, amplio y expedito a todas las búsquedas y expresiones creativas, que se van construyendo y de algún modo incidiendo en el curso de la historia y la evolución de la especie humana.

En consecuencia, el tránsito entre libertad individual a libertades públicas, se produce cuando fruto de la convivencia social, el grupo humano se da cuenta que la libertad es un fenómeno complejo, pues no solamente se manifiesta en la individualidad de una persona, sino que debe expresarse en la dimensión de lo social, este será justamente uno de los aspectos más importantes tanto en la Declaración de Virginia de 1776⁵⁵ como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,⁵⁶ considerados como los documentos que más han influido a los posteriores en materia de derechos.

54 Sobre libertades públicas puede leerse en Ramón Soriano Días, *Las libertades públicas* (Madrid: Tecnos, 1990).

55 La primera cláusula de la *Declaración de los Derechos de Virginia*, del 12 de junio de 1776 hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plena y libre, como derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento de su gobierno dice: "1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto con los medios de adquirir y poseer propiedades y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad". El texto puede leerse en <http://www.annistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>, consulta: 12 de julio de 2015.

56 Los dos primeros artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789) dicen: Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común. Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Asamblea Nacional del pueblo francés, "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789", DUDH (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2001), 19.

La libertad aun siendo una facultad inmanente de cada ser humano de carácter personalísimo, no puede limitarse a un encierro o una contención en la individualidad personal, puesto que la libertad más bien facilita la apertura hacia el entorno, posibilitando la alteridad, facilitando la convivencia y en última instancia favoreciendo la existencia misma de la sociedad, y dentro de ella será la comunidad de personas libres, quienes construyan lazos de amor,⁵⁷ mancomunidad y solidaridad para compartir un proyecto de vida en común, manteniendo al mismo tiempo la capacidad necesaria para seguir en forma autónoma su propio camino de desarrollo personal.

El uso inicial del concepto *libertades públicas*, propiamente dicho, se lo puede encontrar en Francia, como *Libertés Publiques* en el art. 25 de la Constitución del II Imperio de 1852, en donde se hace al Senado el guardián de la Constitución y de las libertades públicas y, a partir de entonces, el término se inserta en la tradición republicana de Francia.⁵⁸

Remedio Sánchez Ferris, en su libro *Estudio sobre las libertades* (1995), manifiesta que los derechos-libertades públicas serían las que derivan directamente de la libertad humana y de su lógica manifestación exterior; son derechos que se exteriorizan, que se ejercen con relación a los demás, aunque no necesariamente en forma colectiva, pero que en todo caso pueden lograr, y aspiran a ello, una repercusión externa a su propio titular (aun en el ámbito propiamente político) lo que, en cambio, no ocurre con los derechos o libertades individuales ni con las sociales.⁵⁹

Por su naturaleza las libertades públicas se entenderán entonces, como derechos cuyo reconocimiento no complacen al poder,

el poder se nos presenta como enemigo de la libertad, ya que obliga a muchos a obedecer a unos pocos. Su mera existencia supone una merma de lo que solemos entender por libertad de los individuos y conforme el poder tiende a

57 El uso del vocablo amor en este trabajo está en relación con los planteamientos del biólogo chileno Humberto Maturana, quien es el primer científico que desde su hacer como tal explica el amor. En su propuesta, el amor no es una cualidad o un don, sino que como fenómeno relacional biológico, consiste en las conductas o la clase de conductas, por medio de las cuales el otro, o lo otro, surge como uno legítimo otro en la cercanía de la convivencia, en circunstancias en que el otro, o lo otro, puede ser uno mismo. Amplia información en Humberto Maturana y Gerda Verden-Zöllner, *Amor y juego: Fundamentos olvidados de lo humano. Desde el patriarcado a la democracia* (Santiago de Chile: JC SAEZ, 2003).

58 “El Consejo de Estado el 13 de noviembre de 1947, en relación con el artículo 72 de la Constitución de 1946, señala que: “El término libertades públicas comprende, con independencia de la libertad individual, las grandes libertades, y, por ende, se incluyen obviamente en esta categoría de las libertades públicas: de reunión, de asociación y con ella, la sindical, de prensa y, en modo general, la difusión del pensamiento, libertad de conciencia y de cultos, y la libertad de enseñanza”, ver <http://drachavezgalindo-maestriadh.blogspot.com/p/los-derechos-humanos.html>, consulta: 26 de diciembre de 2012.

59 Remedio Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades* (Madrid: Tirant lo Blanch, 1995), 25.

hacerse absoluto, la sumisión de los individuos tiende a hacerse igualmente absoluta. [...] Así, el poderse enfrentaría radicalmente a la libertad del individuo. Aclaremos: de los individuos que no lo tienen, porque el poder es libertad para quienes disponen de él. Pero esto no suele tenerse en cuenta.⁶⁰

En consecuencia, parecería que la libertad en el diseño sociojurídico que tenemos es un atributo del poder, de modo que quien más poder y recursos posea tendrá más libertad, en tanto que las personas y grupos que tengan menos poder y recursos tendrán una libertad muy reducida.

Las libertades públicas son espacios de libertad que se oponen directamente al poderío del Estado, y más que una cuestión relacionada a los casos concretos de los particulares, tienen una dimensión política de carácter emancipador.

Otro concepto a destacar, es el que tiene que ver con las libertades civiles que constituye:

un concepto de origen británico fundamentado en la Carta Magna de 1215, establece los límites en los que el Poder, bien desde el Estado o desde su uso por el Gobierno correspondiente, pueden interferir en la vida de los ciudadanos, considerados como entidades individuales con derecho inherente a una vida privada. Las libertades civiles son ontológicamente previas a los derechos civiles, que regulan su existencia. Las libertades civiles se vinculan con la condición soberana de los ciudadanos, mientras que los derechos civiles son el resultado de la cohesión de los individuos en una sociedad con un Estado, es decir, como ciudadanos. En los países occidentales, fundamentalmente en todos los que no son de área anglosajona, las Constituciones han disuelto las libertades civiles en derechos fundamentales, con la ingenua idea de que va a ser el Estado el que va a proteger las libertades civiles, cuando en realidad es su mayor fuente de opresión. Las libertades civiles se exigen desde la sociedad civil que se autodetermina, no desde el Estado que trata de anular la condición soberana de los ciudadanos. Las libertades civiles emergen de la libertad para contraponerse al poder.⁶¹

Lo señalado anteriormente permite entender que la naturaleza de las llamadas libertades radica en constituirse en límites del poder, y desde una perspectiva de carácter ontológico, los defensores de este concepto las asumen como preexistentes inclusive a los derechos constitucionales, lo que a su vez conduce a un razonamiento que cuestiona el hecho de que estas libertades civiles hayan sido asimiladas por los derechos fundamentales,

60 Esta cita tomada de un artículo del historiador conservador de origen español Luis Pío Moa Rodríguez, quien a pesar de sus posiciones ideológicas derechistas, reconoce las tensiones entre libertad y poder. Amplia información en "El poder y la libertad", <http://www.piomoa.es/?p=1773>, consulta: 11 de noviembre de 2015. (Nota del autor)

61 Ver "Libertades Civiles y Derechos Humanos", *A-políticos*, 2 de octubre de 2010, <http://a-politicos.blogspot.com/2010/10/libertades-civiles-y-derechos-humanos.html>, consulta: 15 de noviembre de 2015.

partiendo de la premisa de que siendo el Estado el principal avasallador de las mismas, mal podría constituirse como su garante.

En otras ocasiones también se hace referencia a la noción libertades ciudadanas, tomando como referencia una noción propia del constitucionalismo norteamericano, que una vez que logró derrocar al colonialismo británico, se planteó la necesidad “de promulgar una Constitución de libertades ciudadanas”,⁶² con el fin de enlazar el concepto de libertad al de ciudadanía como cimiento de legitimidad y representación política de los movimientos emancipatorios que lucharon por la independencia de los EE. UU., idea que posteriormente se generalizaría al constitucionalismo europeo y latinoamericano.

No se debe olvidar que si bien se trata de plasmar del concepto libertad, a nivel jurídico, en forma normativa, siempre se tuvo cuidado de garantizar determinadas libertades, que pudieran ser manejadas desde la lógica del ejercicio del poder en un sistema político-social, de modo que al final las Constituciones no serán instrumentos jurídico-políticos capaces de ampliar las libertades, sino que más bien las restringen y las vuelven funcionales, de manera que “todas las Constituciones políticas y todos los sistemas de gobierno —incluso la federación— se reducen a esta fórmula: Contrapeso de la Autoridad por la Libertad, y viceversa”.⁶³

En el caso de los EE. UU., la defensa de las libertades está estrechamente vinculada a la libertad de trabajo, de iniciativa económica o empresa, de religión y libertad de expresión, todas ellas en función del derecho a la búsqueda de la felicidad.

Ahora bien, las exigencias del reconocimiento y la reivindicación de los derechos y las libertades de las personas son en sí mismas el medio idóneo de su legitimación y, aunque pueda resultar utópico, la función práctica de los derechos y libertades consiste en señalar permanentemente al poder cuáles son sus límites y recordarle que su ejercicio únicamente se justifica si está al servicio de los seres humanos y de su bienestar; buen vivir como dice la CRE de 2008, o la búsqueda de la felicidad invocada en la Declaración de Virginia y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Aspecto fundamental a considerarse, pues el ejercicio de la libertad se ubica dentro de este contexto, ya que se trata de ejercicio creativo, que permite relacionar al individuo, ciudadano o persona con el medio, para que condense estas dos dimensiones y así aflore el descubrimiento, la

62 Carlos Cerda, “La utopía del ciudadano”, en *DebatePaís/2000*, ed. Ana María Saavedra, 21-4 (Santiago de Chile: Editorial Cuarto Propio / Universidad de Chile, 2001), 22.

63 Joseph-Pierre Proudhon, *El principio federativo* (Buenos Aires: Libros de Anarres, 2008), 29.

fraternidad, la solidaridad, la amistad y el amor, es decir, una manera de convivir con los demás mediante una manera de ser, que sabe acoger lo que acontece y lo hace suyo, toda vez que los derechos son “una convención cultural que utilizamos para introducir una tensión entre los derechos reconocidos y las prácticas sociales que buscan, bien, su reconocimiento positivo, bien otra forma de reconocimiento u otro procedimiento que garantice algo que es a la vez exterior e interior a tales normas.”⁶⁴

Por tanto, la libertad en sí misma por su carácter cultural, no solamente es parte de los derechos humanos, sino que ante todo les da contenido y, a la vez, se presenta como una condición *sine qua non* para que todas las personas podamos disfrutar de ellos, puesto que “la fuente de mi libertad debe ser entendida como la fuente de la libertad de los demás. De ello se deduce que la “tarea” básica de una teoría comprometida con los derechos es la de crear las condiciones teóricas y prácticas para poder afirmar la libertad como una actividad creadora que no se limita a darse su propia ley, sino que se erige en constitutiva de su objeto; en otros términos, del mundo en que vivimos.”⁶⁵

La cita anterior permite entender que el ejercicio de la libertad no debe significar una práctica egocentrista de búsqueda de privilegios y ventajas, pues “todo dominio injusto, toda violencia, todo acto de egoísmo ejercido en daño de un pueblo, es violación de la libertad”.⁶⁶

La libertad tal y como se la ha venido analizando, debe relacionarse con la noción de cultura entendida desde la idea de convivencia humana, toda vez que se encuentra íntimamente ligada a la naturaleza profunda del ordenamiento jurídico democrático, que justamente pretende legitimarse en el reconocimiento de las libertades incluidas las culturales y dentro de ellas naturalmente la libertad de creación y expresión artística, que se traduce en la razón de ser de los procesos culturales emancipatorios que revelan la dinámica de la cultura en el seno del Estado constitucional.

A través de estos elementos para la comprensión de la dimensión cultural de los procesos sociohistóricos, sea a partir de la noción de procesos culturales emancipadores o de la insistencia en crear espacios culturales en los que se ponga en ejercicio una verdadera voluntad de encuentro, se nos ofrece la posibilidad de aproximarnos a los fenómenos culturales sin descuidar las tramas de poder que configuran nuestra realidad; se nos invita a comprender los procesos sin invisibilizar las relaciones jerarquizadas en las que vivimos. Lo

64 Joaquín Herrera Flores. *La reinención de los derechos humano* (Andalucía: Atrapasueños, 2008), 23.
65 *Ibid.*, 99.

66 Esta idea se la ha tomado de Giuseppe Mazzini, “¿Política de principios o política de intereses?”, Biblioteca Virtual Antorcha, http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/mazzini/caratula.html, consulta: 10 de febrero de 2016.

cultural es pues, una dimensión ineludible del proceso de emancipación social y, por tanto deberá ser incorporado a la lucha por la liberación.⁶⁷

Consiguientemente, no se puede entender la libertad sin atender a su contenido cultural y menos aún explicarla si no como un proceso de lucha por la liberación de los pueblos y las personas, lo que trasluce su carácter emancipatorio y contestatario.

La garantía de las libertades públicas y la noción de Estado de derecho son inseparables en su relación dialéctica y antitética, puesto que las libertades disputan espacios libertarios a la organización estatal para promover el desarrollo humano en las esferas individual y colectiva, reclamando mecanismos innovadores y pertinentes, que garanticen el ejercicio de las libertades públicas, para lograr erigirse como verdaderos límites a los excesos del poder.

Las libertades públicas son paradójicas, pues anhelan convertirse en la más firme materialización de la autorrealización y la autoplenuitud de las personas y los pueblos en el seno del Estado constitucional, además, se enfrentan a la estructura estatal pues están conscientes que es el Estado el que las aprisiona; puesto que corresponde a los órganos del propio titular de la soberanía jurídica es decir al gobierno, el realizar tales condiciones ya que teóricamente las libertades públicas en la praxis solo se realizan en el marco de un sistema jurídico determinado".⁶⁸

La realidad se muestra descarnada e implacable y el inmemorial combate entre el poder y la libertad, nos obliga a abrir los ojos:

"nosotros" no somos el gobierno; el gobierno no es "nosotros". El gobierno no "representa" a la mayoría del pueblo en ningún sentido preciso, pero aun si lo hiciera, aun si el 90 por ciento del pueblo decidiera asesinar o esclavizar al otro 10 por ciento, esto aún seguiría siendo asesinar y esclavizar, y no sería un suicidio o una esclavitud voluntaria por parte de la minoría oprimida. El crimen es un crimen, la agresión contra los derechos es una agresión, independientemente de cuántos ciudadanos estén de acuerdo con la opresión. La mayoría no tiene nada de sagrado; incluso la turba que ejecuta un linchamiento es también la mayoría en su propio dominio.⁶⁹

Coincidiendo plenamente con Murray Rothbar, se considera que se trata de entender que la integración de las libertades en el discurso del Estado constitucional democrático, e inclusive la incorporación de las mismas en

67 Carballido Gándara, "Los derechos humanos como productos culturales", <http://www.culturaiberoamerica.cr/memoria/html/pdf/04riqueza/01Ponencia.pdf>, consulta: el 16 de noviembre de 2015.

68 Jean Morange, *Las libertades públicas* (Ciudad de México: FCE, 1980), 8.

69 Murray Rothbard, *Hacia una Nueva Libertad: El anifiesto libertario* (Buenos Aires: Grito Sagrado, 2006), 73-4.

los catálogos constitucionales, no ha resuelto los problemas de dominación, explotación, ilegitimidad del ejercicio de la autoridad, que indiscutiblemente siguen latentes.

Sin dejar de señalar las complejidades antes señaladas, las cuestiones que hemos problematizado constituyen un punto de partida inevitable para entender de mejor manera a las libertades culturales, puesto que a partir de aquello existe en la hora presente, una aceptación casi generalizada que estas son inseparables de la concepción de otros derechos de la persona, y que su formulación no queda restringida a estos de manera aislada, sino que comporta un cambio de contexto en la lectura de todos los demás derechos, de modo que las libertades culturales no solamente se expresan en el ámbito de aquellos derechos llamados por la doctrina derechos personalísimos, sino que además hacen parte de las libertades colectivas como dimensiones que se nutren y funcionan en forma dialéctica pues, las libertades culturales colectivas han devenido en condición esencial para la realización de las libertades culturales individuales y viceversa.

Resulta oportuno destacar que las libertades culturales son diversas, de modo que se puede hablar de la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, libertad de ejercer ciertas prácticas culturales, la libertad de utilizar los recursos culturales, la libertad estética, el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad a través de las actividades que libremente elija, el derecho al disfrute del tiempo libre, la libertad a elegir la identidad cultural, la libertad de elegir identificarse o no con una o varias comunidades culturales, sin consideración de fronteras, y de modificar esta elección, la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios, la libertad de expresarse, en público o en privado en los idiomas de su elección, libertad de difusión cultural, libertad de divulgación de obras culturales, libertad de acceso a los bienes de cultura, libertad de iniciativa cultural, libertad de promover actividades culturales, la libertad de asociación y fundación de cultura, libertad de iniciativa económica cultural, etc., conviene recordar una vez más que la "libertad cultural no queda asegurada a partir de la mera aplicación de los derechos cívicos, participativos y sociales recogidos en las Constituciones democráticas"⁷⁰.

Entre las libertades públicas destaca nítidamente la libertad de creación y expresión artística que integra el componente creación, con el componente expresión, articulando la libertad de expresión, considerada en

70 Ferrán Requejo, "Libertad cultural y democracia", *Revista de Prensa*, 30 de enero de 2006, <http://www.almendron.com/tribuna/libertad-cultural-y-democracia/>, consulta: 24 de julio de 2012.

términos generales, con el derecho a crear arte en libertad, razón por la cual planteamos entender a la libertad de creación y expresión artística como un derecho complejo, con el propósito de superar lecturas que soslayando esta aparente dificultad conceptual, han optado por simplemente hacerla aparecer erróneamente como una subcategoría de la libertad de expresión.

Afirmar que la libertad de creación y expresión artística constituye un derecho complejo no solamente obedece al hecho de estar compuesto, tanto del derecho a crear como al derecho a expresar, acoplando en el arte las distintas propiedades y problemáticas de los dos referidos; sino que además es inevitable enfrentar los desafíos que en función a la característica de relacionalidad de este derecho, nos veremos abocados a enfrentar, reconociendo que en la esfera de los saberes jurídicos, la razón reduccionista ha generado una invidencia epistemológica que se ha traducido en la praxis en un altísimo grado de injusticia e intolerancia; y es así que la tipología de derechos simples que los grandes proyectos de la modernidad, tanto liberal como socialista, nos han hecho llegar hasta nuestros días, al momento de plantarse temas sensibles estos resultan insuficientes para hacer frente a los desafíos que enfrenta la convivencia humana, y es por ello que para hacer viable una explicación integral y en cierta medida más provechosa, hemos planteado entender a la libertad de creación y expresión artística como un derecho complejo.

Si se habla de derechos, la complejidad debe abarcar al análisis de varias dimensiones, pues como lo señala Joaquín Herrera Flores:

En primer lugar, debemos tener presentes el conjunto de ideas (producciones culturales, científicas, artísticas, psicológica...) y de instituciones (gobierno, familia, sistema educativo, medios de comunicación, partidos políticos, movimientos sociales...). Y, en segundo lugar, la interacción continua entre las fuerzas productivas (trabajo humano, equipamientos, recursos, tecnologías...) y las relaciones sociales de producción (interconexiones entre grupos de seres humanos en el proceso de crear, producir y distribuir productos: relaciones de clase, de género, de etnia, mercantiles...).

La interacción estrecha entre ideas, instituciones, fuerzas productivas y relaciones sociales de producción nos es muy útil a la hora de superar los reduccionismos a que nos tiene acostumbrados la teoría tradicional de los derechos.⁷¹

Evidentemente, y coincidiendo con el enfoque de Herrera Flores, para entender la libertad de creación y expresión artística habrá que adoptar el principio de pluricausalidad, ya que tratándose de un derecho complejo, no es resultado de un solo factor, variable o condición, sino que habrá que

71 Joaquín Herrera Flores, "La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada", *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.º 1 (2008): 134-5, <http://reid.org.br/?CONT=0000010>, consulta: 8 de diciembre de 2012.

desentrañar las múltiples dimensiones propias del objeto de estudio, que en este caso coinciden con los procesos de preservación, desarrollo y difusión de la cultura, pero sin perder de vista las contradicciones dialécticas propias de su complejidad, las cuales constituyen pares de categorías iusfilosóficas que reflejan aspectos significativos de la realidad, que si bien se presentan en forma multicausal y simultánea, para fines explicativos trataremos de condensar en una unidad dialéctica, que no permita efectivamente configurar jurídicamente a la libertad de creación y expresión artística.

Todo lo que hemos señalado evidencia el largo camino que han transitado las libertades culturales para ser recocidas en su verdadera dimensión y complejidad, y como la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística requiere de herramientas teóricas peculiares y diversas, para su adecuada comprensión en los distintos ordenes de la vida humana.

Nociones teóricas y de contexto sobre libertad de creación y expresión artística

Explicar la naturaleza de la libertad de creación y expresión artística constituye, sin lugar a dudas, un asunto sumamente complicado, pues dicho análisis requiere de cierto cuidado para entender su alcance.

Habremos de topar una vez más el tema de la libertad, concepto complejo, subjetivo y polisémico, cuyos contornos son difíciles de reconocer, sin embargo, cabe señalar que se trata de aquella idea que insistentemente se la relaciona con el ejercicio de la voluntad humana, en función de la autonomía individual, puesto que “una acción se considera libre en tanto que su razón proceda del aspecto ideal de mi ser individual, cualquier otro aspecto de una acción, tanto si se lleva a cabo forzado por la naturaleza, como por la necesidad de una forma ética, se considera como no libre”.⁷²

Edgar Morin, en su libro *Antropología de la libertad* reflexiona sobre la paradoja humana por la cual el ser humano es una especie de títere manejado desde el interior y desde lo exterior, no obstante que, al mismo tiempo se “autoafirma en su misma condición de sujeto”,⁷³ idea que por supuesto fue planteada con anterioridad por el psicólogo suizo Carl Jung, quien llegó a sugerir que la libertad no podía extenderse más allá de los límites de la propia conciencia.⁷⁴

72 Rudolf Steiner, *La filosofía de la libertad*. Fundamentos de una concepción moderna del mundo, trad. Blanca S. de Munianín y Antonio Aretxabala (Madrid: Ed. Rudolf Steiner, 1999), 71.

73 Edgar Morin, *Antropología de la libertad*, trad. José Luis Solana Ruiz (París: Ed. Grace, 1999), 8.

74 Carl Gustav Jung, *Sobre el fenómeno del espíritu en el arte y en la ciencia* (Madrid: Trotta, 2014).

Algunas definiciones radicales⁷⁵ sugieren que la libertad significaría emanciparnos de todo aquello que oprime nuestra conciencia, de modo que no estaríamos hablando de una capacidad de tomar nuestras propias decisiones, sino más bien una existencia y una conciencia totalmente distinta, argumento que viene del propio Erich Fromm quien consideraba que quizás la libertad no es más que una palabra para decir, que no hay nada que perder, y es que si el pasado deja de existir cada nuevo día, y si el futuro es inexistente la libertad del ahora sería un estado de conciencia mucho más trascendente, que simplemente hablar de la capacidad de autogobernar nuestros actos.

Desde una lectura en clave de derechos, no podemos olvidar que “las luchas por la libertad fueron sostenidas por los oprimidos, por aquellos que buscaban nuevas libertades en oposición con los que tenían privilegios que defender”⁷⁶ y que la libertad individual también tiene un correlato político, cuya expresión más clara ha sido la reivindicación del pensamiento moderno de las libertades ciudadanas, que teniendo fundamento el principio de la soberanía individual que confronta al poder del Estado, buscando el reconocimiento de límites de injerencia en un espacio propio de cada persona que constituye un coto vedado.

Sin embargo, y a pesar de las cuestiones antes anotadas, ninguna de ellas destaca el carácter cultural de la libertad, y es justamente aquella ambigüedad la que la hace un concepto impreciso, por tal razón para algunos pensadores, en especial los vinculados a concepciones libertarias, lo que llamamos libertad individual tendría un origen natural y su fundamento ético estaría en la soberanía individual.⁷⁷

La libertad puede ser interpretada desde dos supuestos o dos tipos, el primero se refiere a la libertad objetiva y el segundo a la libertad subjetiva, ambos sugieren que en cada miembro de la sociedad se debe hallar un equilibrio entre los deseos, la imaginación y la capacidad de actuar de tal modo que la libertad de cada individuo sea auténtica. Sentirse libres de restricciones, libre de actuar según el propio deseo, implica alcanzar un equilibrio entre los deseos, la imaginación y la capacidad de actuar: nos sentimos libres siempre y cuando nuestra imaginación no exceda nuestros verdaderos deseos y ni una ni los otros sobrepasen nuestra capacidad de actuar.⁷⁸

75 Nos referimos a autores como Mijaíl Aleksándrovich Bakunin, Piotr Alekséyevich Kropotkin, John Zerzan, Noam Chomsky, Bob Black, Hakim Bey, etc. (Nota del autor)

76 Erich Fromm, *El miedo a la libertad* (Buenos Aires: Paidós, 2005), 27.

77 Sobre este tema se recomienda la lectura del libro de Michel Onfray, *Política del rebelde: Tratado de la resistencia y la insumisión* (Buenos Aires: Libros Perfil, 1997).

78 Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida* (Ciudad de México: FCE, 2003), 21-2.

Las libertades culturales, religiosas, científicas, políticas y económicas, propias de la sociedad civil, constituyen todo un espacio de desarrollo autónomo, amplio y expedito a todas las búsquedas y expresiones creativas, que se van construyendo y, de algún modo, incidiendo en el curso de la historia y la evolución de la especie humana, sin desconocer que existe una supervisión desde el Estado que vigila y contiene la creatividad cuando está contra la ley y el sistema, para que no cumpla la propuesta anarquista de Hakim Bey: *arte como crimen; crimen como arte*.⁷⁹

La noción de libertad está siempre vinculada a la creatividad desde la complejidad de su fundamento ontológico, teniendo en cuenta que constituye una de las funciones psíquicas del cerebro humano y una característica que diferencia a la especie humana del resto de los seres vivos, en cuanto a la capacidad de crear y expresar; es decir, la aptitud para producir algo nuevo y distinto en forma espontánea y libre, distintivo propio de la especie humana que se manifiesta no solamente en el arte, sino en todos los entornos de actuación de las personas como lo científico, técnico, e inclusive en las tareas del quehacer cotidiano, que necesariamente reclaman libertad para llevarlas adelante adecuadamente.

Por su propia naturaleza, el ser humano es libertariamente creativo, en especial en la forma en que se relaciona para convivir, lo cual se expresa en el conocer, el comportamiento, el descubrir el mundo, la capacidad de asombro, y el como se expresa; siendo esta actitud innovadora la que ha permitido enfrentar los distintos desafíos que se presentan a través de nuestra existencia y desarrollar el potencial individual y colectivo; de modo que: “Lo que llamamos ideas, pensamientos, solución de problemas, acciones innovadoras [...] serían como campos energéticos en permanente fluir del desorden al orden, reorganizándose cada vez que algún elemento o información lo altera. Sistemas de energía como la vida misma, en la cual nos vamos transformando gracias a las interacciones, al tiempo que contribuimos a transformar y evolucionar a quienes nos rodean”.⁸⁰

En consecuencia, se puede afirmar que todos los seres humanos somos creadores innatos de formas reales o imaginarias, mediante las cuales expresamos pensamientos, nuestras vivencias, nuestros sentimientos y la forma como percibimos el mundo; y en suma, la creatividad es un proceso que en ejercicio de la libertad, nos permite moldear nuestras ideas, sentimientos y

79 Amplia información en Hakim Bey, *Caos: Los pasquines del anarquismo ontológico* (Madrid: Talasa, 1996).

80 Saturnino De la Torre, “Creatividad cuántica: Una mirada transdisciplinar”, *Encuentros Multidisciplinares X*, n.º 28 (2008), <http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%BA28/Saturnino%20de%20la%20Torre%20de%20la%20Torre.pdf>, consulta: 10 de julio de 2013.

mostrarlos, aunque claro está que esta apreciación no puede trivializarse, pues la ciencia día a día nos sigue planteando nuevas incógnitas.

La libertad creativa es una expresión connatural y característica de todos los seres humanos, no obstante, son los artistas quienes la ejercen con mayor vehemencia y emotividad, por ello Platón al referirse al artista, metafóricamente decía que es un hombre dios, justamente para destacar la inventiva y creatividad de los artífices⁸¹ cuando estos exploran la vida, se pierde y se reencuentra en ella.

El artista brega por realizarse en un estado de libertad indispensable, por ello se recogió jurídicamente a la libertad creativa y sus capacidad de transmisión estética como libertad de creación y expresión artística. El creador se convierte en el sujeto primordial de este derecho, y el acto creativo como objeto de protección,⁸² debiendo señalar que en algunos casos este acto creativo suele ser sumamente subjetivo.

El vínculo entre el acto de creación en ejercicio de la libertad del creador o artista fue reconocido jurídicamente y de manera pionera en un fallo del Tribunal Constitucional alemán en el polémico caso Mephisto⁸³ en el cual se consideró que el fundamento de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad,⁸⁴ dejando en evidencia, la relación entre actividad artística y creatividad como la expresión más espontánea y natural de la personalidad individual del creador.

De modo que la creatividad no queda únicamente en el mundo interior de su creador y, por su naturaleza tiende a buscar formas de exteriorizarse, de allí la importancia de la libertad de expresar el producto de la creación artística, y por consiguiente, la necesidad de acompañar al acto creativo de la *libertad de expresión del arte*, que constituye un derecho de las personas, consagrado la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), varios otros instrumentos internacionales, y también en las diversas Constituciones de los Estados, tratándose básicamente de

81 "Platón aseguraba que para ser artista era necesario padecer esta "locura divina" ya que mediante la alteración de un estado mental normal causado por la "divinidad", el hombre era capaz de crear valores inmensurables. La locura divina de los artistas lograba que estos se purificaran, liberaran y tomaran los conceptos de cuerpo y alma para realizar sus obras". "Definición de artista: El 'Exponente del arte'", <http://www.abclopedia.com/diccionario/definicion-artista.html>, consulta: 7 de enero de 2012.

82 Ver Rubén Martínez Dalmau, "Arte, derecho y derecho al arte", *Revista Derecho del Estado*, n.º 32 (2014).

83 Nos referimos a *Mephisto* (1936) novela del escritor alemán Klaus Mann, mucho se ha discutido en el sentido que los obstáculos a la publicación de esta obra condujeron al suicidio de su autor.

84 Sentencia BVerfGE 30, 173, caso Mephisto, <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/mephisto.pdf>, consulta: 6 de enero de 2012.

un medio para la libre difusión de las ideas, tal y como fuera concebido desde la Ilustración.

De conformidad con el art. 13, num. 3 de la CADH,⁸⁵ 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 cualesquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la enunciación de medios restrictivos que hace el art. 13.3 no es taxativa y que tal artículo impone al Estado obligaciones de garantía, aun en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no solo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también controles particulares que produzcan el mismo resultado, puesto que “[...] sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que se arraiguen sistemas autoritarios”.⁸⁶

Estos parámetros también deben observarse en la esfera de la libertad de creación y expresión artística, puesto que la indiferencia frente a las violaciones de esta libertad cultural, dejan a artistas y creadores en una situación de peligrosa vulnerabilidad frente a las reiteradas vulneraciones de su dignidad.

La libertad de creación y expresión artística revela la tolerancia de una sociedad y la calidad de su sistema democrático, el cual será fuerte en tanto existan libertades y al menos cierto grado de respeto desde el poder, que siempre será ilegítimo por su naturaleza opresora.

Toda vulneración a las libertades artísticas lacera a la democracia y la debilita, por esta razón, la Corte IDH ha expresado que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública, y *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades

85 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. El Estado ecuatoriano es suscriptor de este instrumento internacional, el cual fue publicado en el Registro Oficial (RO) 801 del 6 de agosto 1984. (Nota del autor)

86 Santiago Guarderas, “La jurisprudencia en la CIDH sobre libertad de expresión”, Asociación ecuatoriana de editores de periódicos, AEDEP, http://www.aedep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=139:la-jurisprudencia-en-la-cidh-sobre-libertad-de-expresion-&catid=1:recientes, consulta: 7 de enero de 2012. Graciela Aurora Mota Botello, *Psicología arte y creación* (Monterrey: CAEIP, 2011), 177.

científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente.⁸⁷

Asimismo, el Informe de la Comisión MacBride de la UNESCO, Un solo mundo, voces múltiples; considera que la libre expresión del arte junto con otras formas de libertad de expresión, constituyen un elemento vital del proceso democrático.⁸⁸

La libertad de creación y expresión artística permite al ciudadano comprender los asuntos de interés público, a través de una representación distinta, lo que facilita que este pueda participar eficazmente, en el adecuado funcionamiento de la democracia, pues ante todo el arte es libertario, concienzudo, cuestionador del poder e inspirador, por tanto las ciudadanas y los ciudadanos se ven motivados a emitir juicios críticos sobre el sistema, gobierno, y el funcionamiento mismo de la sociedad y por tanto ejercer plenamente su derecho a pensar y manifestárselo cuan evidentemente, permite la realización de la democracia como derecho humano.⁸⁹

En cuanto a la libertad de manifestarse por medio del arte, resulta oportuno señalar que aquello que se define como *expresión artística*, no es otra cosa sino la exhibición de las ideas y la exteriorización de sentimientos e inquietudes intelectuales hacia lo externo y por tanto hacia otras personas mediante alguna forma de arte.⁹⁰

87 Amplia información en Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH, Washington, 2000, 1.

88 Ver Sean MacBride et al., *Un solo mundo voces múltiples, comunicación e información en nuestro tiempo* (Ciudad de México: FCE, 1984).

89 El art. 13 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscrita en Guayaquil, el 26 de julio de 2012 señala: "Los pueblos andinos tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla, para lograr la plena realización de todos los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y el derecho al desarrollo". Con lo que por primera vez en un texto de esta naturaleza se reconoce a nivel de la Comunidad Andina de Naciones a la democracia como un derecho humano. La Decisión 586 trata sobre Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n.º 1067, Año XXI, y a nivel nacional en el RO 461, de 15 de noviembre de 2004. (Nota del autor)

90 "El arte se refiere a cualquier actividad o producción realizada por una persona con una finalidad de tipo estética, que exprese ideas, sentimientos, una forma de ver el mundo, una revelación de la imaginación, etc., por medio de algún recurso ya sea lo plástico, lingüístico, sonoro o mixto, sin embargo, no existiendo un único concepto sobre qué es el arte, y menos aún un acuerdo entre los autores de diversas tendencias, ya sean historiadores, filósofos, o artistas, hay un hecho cierto, y es que posiblemente y como lo atestiguan las pinturas rupestres, el arte siempre ha sido uno de los medios de exteriorización de pensamientos y sentimientos que ha utilizado el ser humano para expresarse; puesto que "la creación no es una manera más de resolver problemas, sino en su caso, de formular interrogaciones, de asistir a la búsqueda de estas interrogantes como encuentro de un diálogo, donde queda relatada la idea estética que manifiesta el más humilde anhelo hacia lo absoluto". Mota Botello, *Psicología arte*, 177.

Si bien no debemos olvidar que tal exteriorización significa la materialización del acto creativo, que da como resultado un producto intelectual específico que es la obra de arte:

La obra de arte se diferencia de las declaraciones que no son ficción en que la gama de significados múltiples que pueden atribuírsele es mucho más amplia; por ello son extremadamente difíciles de demostrar las suposiciones sobre el mensaje transmitido por una obra de arte, y las interpretaciones que se den a esta no tienen por qué coincidir con el significado que se propuso darle el autor. Las expresiones y creaciones artísticas no siempre transmiten un mensaje o una información específicos, y no debe considerarse que únicamente las que lo hacen son artísticas. Además, el recurso a la ficción y a lo imaginario debe entenderse y respetarse como un elemento crucial de la libertad indispensable para las actividades creativas y las expresiones artísticas: las representaciones de lo real no deben confundirse con lo real, lo que significa, por ejemplo, que lo que un personaje dice en una novela no puede equipararse a las opiniones personales del autor. Por lo tanto, los artistas deben poder explorar el lado más oscuro de la humanidad y representar delitos o situaciones que algunos podrían considerar “inmorales”, sin ser acusados de promoverlos.⁹¹

Dicho de otro modo, la obra de arte es un producto de la imaginación de su autor, capaz de tener una pluralidad de significados, matíce se interpretaciones, que no siempre comunican algo definido ni real, puesto que muchas veces o son representaciones o ficciones, de modo que la obra artística muchas veces ni siquiera representa el pensamiento u opinión de su creador, razón por la cual el tratamiento que debe dársele será definitivamente peculiar.

Uno de los debates más encendidos en la historia del pensamiento humano trata de explicar los fines del arte, y ha sido arduamente analizado desde la filosofía, ya que intenta entender el cómo asumir una obra artística, ya sea un poema, una escultura, o una interpretación musical, entendiendo justamente el rol de la creatividad, para lo cual se han ensayado tres parámetros: la práctica que es el hacer, la poética referida al crear, la teórica que tiene que ver con el decir.⁹²

Así, nos encontramos con una visión amplia sobre el arte, que bien puede acoger todo aquello que ha hecho el hombre y que no es producto de la naturaleza, y desde esta lectura bastante extensiva, arte sería igualmente una obra pictórica, como un automóvil o un montón de basura, pues

91 Farida Shaheed, “El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas”, <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>, consulta: 29 de febrero de 2016.

92 Una interesante reflexión sobre el tema puede leerse en Zamora Hernán, “¿Qué decimos cuando digo hacer”? Anotaciones para una reflexión acerca de los conceptos: Poesía, teoría, práctica y técnica”. *A Parte Rei. Revista digital de Filosofía*, n.º 55 (2008), <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/hernan55.pdf>, consulta: 15 de octubre de 2015.

coincidiendo con las apreciaciones del escritor francés André Gide,⁹³ posiblemente aquello que no es natural en el mundo bien podría ser catalogado una obra de arte; por supuesto, hay quienes defienden la idea de la calidad estética, y del compromiso del artista, entendiendo al arte románticamente como un instrumento de la libertad y para la libertad, que no podría concebirse sometido a la política, ni reprimido por ningún tipo de influencia.

El Estado en su aparente búsqueda del bien común a través del derecho, estima la importancia de promover y garantizar el arte, lo que necesariamente implica apoyar y promover la libertad artística, creativa y de expresión; por consiguiente ante toda expresión política de la organización social, el Estado debería también ser el decidido animador de las potencialidades artísticas de ciudadanas y ciudadanos, toda vez que el fundamento filosófico-jurídico de la expresión artística es justamente la práctica humanista y autor realizadora de la libertad humana en lo individual como derecho personalísimo, y también como una manifestación colectiva o social, lo que teóricamente permitiría que efectivamente la libertad de creación y expresión artística, sea reconocida jurídicamente como una verdadera libertad pública.

De modo que, tras todo lo expuesto, se puede advertir que la libertad de creación y expresión artística exhibe la facultad de las personas para generar un acto creativo en forma libre y difundirlo para materializar su aspecto comunicativo igualmente en libertad.

Sobre libertad artística se está debatiendo ampliamente en todo el mundo, razón por la cual el informe anual de la Relatora Especial de Derechos Culturales, presentado al Consejo de Derechos Humanos en el año 2013, está íntegramente dedicado a este tema.⁹⁴

Todo lo cual revela la importancia de la libertad de creación y expresión artística, un aspecto generalmente subestimado por el pensamiento jurídico e inclusive por los propios defensores de los derechos humanos.

Configuración de la libertad de creación y expresión artística

Sin lugar a dudas, la libertad de creación y expresión artística ha sido muy poco estudiada alrededor del mundo, por ello resulta pertinente

93 André Gide, *El inmoralista* (Madrid: Cátedra, 2007).

94 Nos referimos al Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, "El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas", presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 23º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda A/HRC/23/34 de 14 de marzo 14 de 2013. (Nota del autor)

configurar este derecho, analizando su importancia, alcances y propiedades intrínsecas.

Necesidad de proteger la libertad de creación y expresión artística

En este apartado se plantea la interrogante más evidente:

¿Se justifica la protección jurídica a la libertad de creación y expresión artística?

Consideramos que en la coyuntura jurídica del momento, sí se requiere de una protección a esta libertad cultural, considerando su vulnerabilidad en función del escaso interés que le ha dado el pensamiento jurídico tradicional y las prácticas constantes que la afectan; por esta razón planteamos tres ideas fuerza con el fin de justificar la necesidad de tutelar la libertad de creación y expresión artística:

a) Por tratarse de una expresión de la dignidad humana

El fundamento de los derechos y libertades de las personas, constituye la tutela de la dignidad humana; “si bien las posturas ideológicas sobre la dignidad son muy variadas, en el contexto de los derechos humanos, y desde una perspectiva doctrinal, la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social”.⁹⁵

Para resguardar la dignidad humana, en sus distintas manifestaciones, se reconoció la existencia de unas facultades elementales para todos los seres humanos, que se conocen como derechos humanos, y que construyen una especie de utopía jurídica que muchas veces puede sonar a simple retórica, y que muy poco ha ayudado a resolver los problemas de la humanidad.

Los derechos humanos sirven para tratar de alcanzar una mejor convivencia humana, de modo que luchar por los derechos humanos no debe ser simplemente una búsqueda frenética por satisfacer las apremiantes exigencias del ego, sino por el contrario debemos dotarles de una capacidad emancipatoria capaz de responder efectivamente a las exigencias de dignidad de las personas y los pueblos, hoy en que la traición a la utopía es una realidad lacerante.

No se puede negar que los derechos humanos son parte de una reflexión del pensamiento occidental, y esa es la razón por la cual existen dificultades en su implementación en territorialidades culturalmente distintas en las que existen otras cosmovisiones, sin embargo, el discurso de los

⁹⁵ Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona* (Madrid: Civitas, 1986), 19.

derechos humanos tiene una poderosa capacidad de engendrar esperanzas y gestar luchas contra la arbitrariedad, las injusticias y la desigualdad, y la explotación, que afectan a gran parte de la humanidad.

Desde esta lógica se puede entender que crear y expresar arte en libertad es una cuestión intrínseca a la naturaleza de los seres humanos, y por tanto, constituye una manifestación de la dignidad humana taxativa, razón por la cual ha sido reconocido como un derecho humano e incorporado en tratados e instrumentos internacionales, y del mismo modo, también ha sido resguardado como derecho constitucional en algunas Constituciones del mundo, y “si bien el arte aparece al final de esta lista de derechos, debemos explicar que la práctica artística, el arte en todas sus formas, constituye parte de los derechos culturales y tiene una importancia primordial en la formación integral de toda persona y en especial de su condición de ser humano”.⁹⁶

La libertad de crear y expresar arte es un derecho humano en situación de vulnerabilidad ante, “las pautas del mercado y la limitación de la libertad creadora que trae consigo atentan contra el derecho al consumo de productos de calidad y la búsqueda de nuevos caminos y visiones para aquellos que con su ingenio engrandecen el campo de la cultura”.⁹⁷

No debemos olvidar que la libertad de creación y expresión artística ha sido incorporada como un derecho humano en el PIDESC de la ONU,⁹⁸ art. 15, num. 3 que señala que los Estados parte asumen el compromiso de respetar la indispensable libertad para la actividad creadora, como también en el art. 19, num. 2 del PIDCP de la ONU,⁹⁹ que manifiesta que toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, oralmente, por escrito o en forma impresa o artística. Ambos artículos claramente señalan que la libertad de creación y expresión artística constituye una expresión de la dignidad, que es el fundamento mismo de los derechos humanos, por la cual todas las personas tendrán el derecho a crear arte y expresarlo de manera libre, lo cual

96 Chalena Vásquez, “El arte: Un derecho humano” (ponencia, Encuentro Nacional de Arte Diversidad Cultural y Educación), <http://es.scribd.com/doc/22639863/El-Arte-un-Derecho-Humano-Chalena-Vasquez>, consulta: 29 de enero de 2016.

97 Alain Valdés Sierra, “Disfrutar del verdadero arte es un derecho humano”, *Gamma* (2014).

98 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Ecuador como suscriptor del mismo lo ha publicado en el RO 101 de 24 de enero de 1969. (Nota del autor)

99 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Ecuador como suscriptor del mismo lo ha publicado en el RO 101 de 24 de enero de 1969. (Nota del autor)

“incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones”.¹⁰⁰

Posteriormente, otros instrumentos regionales consolidan este reconocimiento, además, las Constituciones nacionales incorporan este derecho de libertad a su catálogo de derechos, para garantizarlo adecuadamente, evidenciando el hecho de que la creación y expresión del arte constituye una parte de la dignidad humana, que merece ser resguardada, toda vez que aunque política y jurídicamente sea vista como irrelevante, tiene un gran poder para hacer visible el proceso creativo implicado en la organización comunitaria, clarificar nuestras visiones y misiones principales, evocar la memoria para honrar el pasado y crear un futuro justo, forjar un sentido de comunidad significativo, convocar y generar acción, trascender el ego para entregarse a experiencias que son más grandes que uno mismo, dar a las culturas su propio espacio para tener su propia voz, sus propias imágenes y sus propias historias, fomentar el entendimiento intercultural e inventar nuevas culturas entre las culturas, recordarnos nuestro derecho inalienable a la belleza y la alegría, revelar la sabiduría de las tradiciones así como la inventiva de los que rompen con la tradición”.¹⁰¹

En consecuencia, la capacidad emancipatoria de la libre creación y expresión artística es la razón por la que sufre vulneraciones por confrontar con el poder y lo establecido, lo que naturalmente conlleva a afectaciones a la dignidad de sus gestores, lo que hace que se justifique su protección a nivel jurídico, por tratarse de un derecho humano frecuentemente amenazado, como lo destaca el Informe de la Relatora sobre Derechos Culturales sobre este tema: “Las expresiones y creaciones artísticas son atacadas de manera especial porque pueden transmitir mensajes concretos y expresar claramente valores simbólicos de manera vigorosa, o puede considerarse que lo hacen”.¹⁰²

b) Por su naturaleza ontológica

Por su naturaleza ontológica, el arte es una expresión propia de la especie humana caracterizada por su función antropológica comunicacional,

100 Shaheed, “El derecho a la libertad”, A/HRC/23/34 14 de marzo de 2013, párr. 85.

101 Amplia información en Arnold Aprill, Elise Holliday, Fahari Jeffers, Karuto Miyamoto et al., *¿Puede el arte cambiar el mundo? El poder transformador del arte para fomentar y mantener el cambio social: Una investigación cooperativa* de Leadership for a Changing World (Nueva York: Leadership for a Changing World Program / Research and Documentation Component / Research Center for Leadership in Action 2004), 21-2.

102 Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 29 de febrero de 2016.

la *aisthesis*¹⁰³ o facultad de sentir, que hace que el producto artístico sea más propicio a la percepción que a la interpretación, la capacidad de producir un diálogo con el receptor, y la invariancia vinculada a su duración en un período de tiempo.

Muchas veces la libertad de crear y expresar arte es atacada, pues las expresiones y creaciones artísticas al constituir un mecanismo insustituible para transmitir información, mensajes, o expresar ciertos valores objetivos, subjetivos o simbólicos, en algunos casos pueden resultar incómodas para ciertos intereses políticos, religiosos, culturales, morales o económicos, entronizados en el poder; porque el arte es ontológicamente insurgente, contestatario y libertario, en este sentido autores como Hakim Bey lo toman como punto de partida para inspirar profundas transformaciones sociales:

Bailes inverosímiles en cajeros automáticos nocturnos. Despliegues pirotécnicos ilegales. Land art, obras terrestres como extraños artefactos alienígenas desperdigados por los Parques Naturales. Allana moradas pero en vez de robar, deja objetos Poético-Terroristas. Secuestra a alguien y hazlo feliz. Elige a alguien al azar y convéncele de ser el heredero de una inmensa, inútil y asombrosa fortuna —digamos 5000 hectáreas en la Antártida, o un viejo elefante de circo, o un orfanato en Bombay, o una colección de manuscritos alquímicos—. Al final terminará por darse cuenta de que por unos momentos ha creído en algo extraordinario, y se verá quizás conducido a buscar como resultado una forma más intensa de existencia.¹⁰⁴

Aunque la cita anterior pudiera parecer demasiado provocadora, resulta amenazante la posibilidad de que el arte pueda subvertir el *statu quo*, lo que ha impulsado al poder a diseñar una sutil estrategia para enclaustrar al arte en el sótano de las cosas innecesarias, sobrantes, inútiles, por tanto, quienes se dedican a estas actividades aparecen como ilusos, extravagantes, bohemios; es decir, personas a quienes no se puede tomar en serio, porque en el fondo constituyen una amenaza para el sistema.

Desnaturalizar la función emancipadora del arte es la respuesta política del poder, invisibilizar a los artistas es la estrategia para desalentar a las personas en su búsqueda de libertad, es atar a los seres humanos al sistema y consentir la creatividad en aquello que le interesa al poder, bien sea para hacer del arte mercancía o propaganda, en ambos casos la creatividad, la expresión artística y el arte fueron sometidos a un funcionalismo utilitarista que lo cosifica.

Sin embargo, hay luchas que se deben realizar para defender la condición humana y la capacidad de las personas de soñar con un mundo mejor,

103 *Aisthesis* es un vocablo griego que significa sensación, sentimiento, percepción, constituye una de las raíces etimológicas de la palabra estética. (Nota del autor)

104 Bey Hakim, *Caos: Selección de textos*, 3ª. ed. (Ciudad de México: Edic. Sin nombre, 2012), 3.

por ello, hay que salvaguardar el arte que “en todas sus manifestaciones constituye una característica esencial que identifica al ser humano, ha permitido transmitir la cultura en toda su extensión y ha sido y es básico para su supervivencia”.¹⁰⁵

En consecuencia, atentar contra la libertad de creación y expresión artística, significa violentar la propia naturaleza de la especie humana, razón por la cual el poder estatal se ve obligado muy a su pesar a brindar al menos declarativamente cierta protección a nivel jurídico.

c) Por ser una dimensión de la libertad humana

Uno de los grandes anhelos del ser humano es ser libre, ser capaz de trascender las limitaciones humanas, e ir más allá, gracias a este utópico anhelo el hombre ha podido lograr cosas que en un momento únicamente existían en la ficción: Julio Verne imaginó un viaje interestelar en su popular novela *De la Tierra a la luna* (1865), años más tarde este sueño se volvió realidad; H. G. Wells, escritor, novelista y filósofo británico, ya en 1914 imaginó la bomba atómica, la misma que lamentablemente fue creada con fines destructivos; Huxley anticipó la clonación en su obra *Un mundo feliz* (1932); todos estos ejemplos revelan no solo una extraña capacidad para predecir el futuro, de artistas creadores sensibles sino que revelan la infinita capacidad de imaginación humana, que solamente puede aflorar en espacios de libertad.

Restringir, limitar o coaccionar la inventiva, la imaginación y la creatividad significa cercenar los anhelos de libertad del ser humano, lo que a su vez conlleva a un proceso de desnaturalización de su esencia, hecho injustificable desde todo punto de vista. Es por ello que las sociedades siempre han buscado crear las condiciones adecuadas para fomentar la creatividad, y garantizar su ejercicio, para de este modo fortalecer una mayor libertad. Subyugar, agredir, o atropellar al creador, artista o a cualquier persona, impidiéndole crear arte y expresarlo en libertad, equivale a regresar a momentos históricos en que la intolerancia fue un azote cruel y despiadado, y la libertad fue severamente maltratada.

Por ello, se torna necesario defender la libertad de creación y expresión artística con el mismo énfasis con el que se resguardan otras dimensiones de la libertad, tales como la libertad de empresa, la libertad de reunión, la libertad de cultos, la libertad prensa, etc., porque todas ellas son manifestaciones de la libertad que le asiste al ser humano, al menos como una utopía.

¹⁰⁵ Jesús C. Guillén ¿Por qué el cerebro humano necesita el arte?, *Escuela con cerebro*, <https://escuelaconcerebro.wordpress.com/2015/01/31/por-que-el-cerebro-humano-necesita-el-arte/>, consulta: 17 de octubre de 2015.

Desde una lógica de defensa de la libertad, no podría dejarse sin cobertura a la libertad cultural de crear y expresar arte, puesto que:

Para construir sociedades humanas y justas es necesario entender cabalmente la importancia que reviste la libertad en general, y más específicamente la libertad cultural, lo que a su vez implica que es necesario asegurar y ampliar de manera constructiva las oportunidades de las personas para escoger el modo de vida que prefieran y considerar otros alternativos. Dentro de estas elecciones, las consideraciones culturales ocupan un lugar preponderante.¹⁰⁶

La libertad de creación y expresión artística es importante porque tiene una dimensión objetiva tanto en la defensa de los derechos inherentes a la dignidad de las personas como también en el Estado constitucional, a pesar de que en la práctica es una libertad jurídicamente débil, por una parte por la infravaloración de los beneficios colectivos que genera una cultura artística libre y fundamentalmente por tratarse de una forma de expresión que penetra y afecta a la comunidad política, y en reiteradas ocasiones confronta con el poder.

En consecuencia, es necesario proteger la libertad de creación y expresión artística para custodiar la libertad en general, y construir sociedades más solidarias, fraternas, justas y libertarias.

El acto artístico creativo

Cuando se habla del derecho del arte como una rama del conocimiento jurídico, se reconoce que existe un bien jurídico que es objeto de estudio y regulación jurídica, y entonces se evidencia que no solamente se trata de proteger una obra de arte como objeto material, o como una idea sujeta a derechos de autor, sino que existe un bien jurídico claramente identificable que es el *acto artístico creativo*, que no debe ser confundido con el resultado final que es la obra de arte.¹⁰⁷

El acto artístico creativo, no puede realizarse si no existe la posibilidad real de ejercer el derecho a crear arte y expresar, exteriorizar o difundir los resultados de su trabajo, de modo que, de no existir la garantía de esta libertad cultural, tampoco podría existir el bien jurídico tutelado, a menos que

106 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre desarrollo humano 2004: Libertad cultural y desarrollo humano* (Barcelona: Mundi-Prensa, 2004), 22.

107 Sobre este tema Gilles Deleuze hace una notable reflexión en su conferencia ¿Qué es el acto de creación? en el marco de la cátedra de los martes de la fundación FEMIS el 15 de mayo de 1987; una traducción de la misma puede leerse en la página web del Instituto de Educación, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República de Uruguay: <http://www.fermentario.fhuce.edu.uy/index.php/fermentario/article/view/110/70>, consulta: 19 de octubre de 2015.

se trate de productos culturales fabricados por encargo, cuya trascendencia, originalidad y aporte en este caso quedaría notoriamente desvirtuada.

Por tanto, el acto artístico creativo debe considerarse como un bien jurídico protegido:

Los actos artísticos suelen ser importantes en la protección contra el régimen, pues el artista suele denunciar injusticias o desnudar el ejercicio del poder, y en este sentido desenmascara fortaleciendo al individuo y debilitando al régimen. Por otro lado, en tanto el acto artístico es un camino para expresar las emociones y las pasiones, implica una protección del hombre contra sí mismo, y en tanto el “disfrute” del arte permite el desarrollo emocional del ser, también logra que los espectadores-destinatarios se fortalezcan contra su propio peligro y, en alguna medida, contra la ignorancia o la soledad.¹⁰⁸

Creemos que la razón por la cual se justificaría dar la categoría de bien jurídico protegido al acto creativo tiene que ver con que existe una afinidad fundamental entre la obra de arte y el acto de resistencia, pues solo el acto de resistencia supera a la muerte, ya sea bajo la forma de obra de arte, o como una lucha de los hombres,¹⁰⁹ y como no a las injusticias, al poder, al autoritarismo, a la homogenización, al sistema imperante, a la deshumanización, a las vulneraciones contra la dignidad de las personas y los pueblos, a la violencia, a la sociedad de control, etc.

De modo que una expresión humana de resistencia, que va a chochar contra el poder, en teoría no podría quedar desprotegida, y por ello se busca salvaguardarla, inclusive llegando a considerarla un bien jurídico protegido, que por supuesto es un concepto demasiado limitado, que sin embargo podría resultar útil en la por la defensa de los derechos y libertades culturales.

Por ello, la lectura compleja de los derechos y libertades debe considerarlos emancipatorios, propiciando la reflexión crítica, que posibilite la adecuada comprensión y fundamentación de aquel conjunto de prácticas eminentemente culturales que se levantan para preservar la dignidad humana, frente a los excesos de cualquier forma de poder.

Un segundo problema respecto a la forma de *expresión del arte*, tiene que ver con el hecho de que el arte no se asemeja otras formas de comunicación, sino que es totalmente distinta:

El arte no comunica ni informa, se escapa de las lógicas anatomopolíticas de las sociedades de control, creando. Por ello, supone una disfunción, una

108 Ezequiel Valicenti, “Proyecciones de la creatividad y el acto artístico en el mundo jurídico. reflexiones desde el derecho del arte”, *Investigación y docencia* (2014): 116.

109 Deleuze, “¿Qué es el acto de creación?”.

molestia, una incomodidad, un escape al paradigma de la información que en tanto informa ordena, impone, acomoda. El arte puede infiltrarse en la lógica de la información que circunscribe el espacio de aparición de los cuerpos mostrando una aparente ubicuidad de estos, una aparente libertad y fluidez mientras que en realidad los mismos se encuentran rígidamente maniatados. Puede penetrar y corroer la lógica por la cual los individuos se convierten en individuos y las masas en bancos de datos que se compran y venden. El arte crea afectos y preceptos y huye del orden, da lugar a vacuolas de no comunicación, a-informáticas que desarmonizan y desquician la circulación de las palabras de orden.¹¹⁰

Esto quiere decir que el arte es una realidad inconveniente para el poder, para las organizaciones sociales opresoras, que finalmente lo que pretenden es controlar la libertad y hacerla funcional a los modelos represivos. El arte es insurgente y rebelde a menos que se acomode al autoritarismo y ceda a la imposición, lo que significa hacer una parodia inaceptable.

La libre expresión artística no pudiendo ser asimilada a otras formas convencionales de comunicación debe ser protegida desde una perspectiva distinta, cuidando que su potencial libertario, no sea afectado, y que su capacidad de ejercer la resistencia no sea limitada, y allí radica justamente la mayor dificultad para el derecho.

En efecto, los estatutos discursivos, los órdenes de asociaciones significantes de las sociedades de control, generan maneras de hacer visible, aprehensible y comprensible la experiencia, dan lugar a órdenes sensibles que suponen modelos de codificación de la sensibilidad del sujeto reduciendo la potencia de la realidad, de la intensidad, de la experiencia y del devenir. Ellos producen subjetividades y modos de vida obedientes al control que sostienen el orden de lo homogéneo, de la repetición, de la semejanza.

El arte, en cambio, hace circular la realidad de otro modo, como potencia, entendida como la fuerza desestabilizadora contenida en los acontecimientos. El arte produce variaciones en el orden de lo sensible, crea nuevas formas de experiencia, agencia intensidades, genera velocidades, remolinos y torbellinos que desmontan el sentido imperante y dan lugar a otros flujos vitales, a nuevas líneas de vida. Estas líneas de vida son trazos irreverentes hacia lo sin-sentido, lo sin-significado, lo indeterminado para la lógica del sentido vigente. El arte tracciona y arrastra hacia el terreno de lo caótico, lo heterogéneo, lo paradójico.¹¹¹

Lo que nos conduce a reflexionar sobre una cuestión de capital importancia y que tiene que ver con el hecho de que el arte dinamiza el orden simbólico, mientras que el derecho se levanta como una barrera simbólica, toda vez que mientras el arte significa emancipación el derecho expresa

110 Marilé Di Filippo, "Arte y resistencia política en (y a) las sociedades de control. Una fuga a través de Deleuze", *Aisthesis*, n.º. 51 (2012): 53-4.

111 *Ibid.*, 48.

el poder. La lógica institucional del Estado, la tradición, la fría razón y el re-afirmamiento del pacto simbólico y práctico de dominación.

Por consiguiente, el discurso jurídico no alcanza a explicar desde sus lógicas la complejidad de la creación y la expresión artística, pero entiende que es una dimensión de la dignidad humana, y por tanto un valor que amerita ser tutelado frente a las violentas embestidas del poder y sus aspiraciones por controlarlo todo, y entonces surge un contrasentido, pues siendo el derecho una herramienta para regular, controlar y regir la convivencia social, frente a una expresión humana tan compleja, subjetiva e inclasificable como la creación y expresión artística no encuentra el equilibrio entre lo que debe permitir y lo que debe contener, y en el laboratorio de la realidad, el arte es tan inestable y cambiante que siempre rebaza a las pretensiones opresoras de lo jurídico.

Por tanto, considerar al acto de creación un bien jurídico tutelado, es una premisa que si bien puede resultar de utilidad para justificar la protección de la libertad de creación y expresión artística en la esfera de lo jurídico, finalmente, en su aplicación práctica va a revelar un sinnúmero de tensiones por el carácter controlador del derecho frente a la naturaleza emancipadora del arte.

Objeto y contenido de la libertad de creación y expresión artística

En términos generales el objeto del derecho se refiere a lo que este protege, mientras que el contenido del derecho tiene que ver en el cómo dicho derecho protege ese contenido, “Una diferenciación similar ha sido objeto de debate en Alemania, el objeto del derecho se define aquí como ámbito material y vital del derecho (*sach-und lebensbereich*); el contenido del derecho es el contenido de garantía (*Gewährleistungsgeball*)”.¹¹² En consecuencia, si hablamos de objeto nos referimos al ámbito material, empero cuando se trata del contenido del derecho habrá que aludir al contenido de garantía.

Por consiguiente:

En la medida que los derechos fundamentales o derechos constitucionales vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una adecuada actividad interpretativa. Esta actividad interpretativa de la norma constitucional, que no es exactamente la misma que

112 Jorge González Auriolas, “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: Presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr13.pdf>, consulta: 1 de marzo de 2016.

la actividad interpretativa de la norma legal viene influida entre otros elementos por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se le atribuya a los derechos del hombre, pues son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una perspectiva positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista; y segundo, la formulación de la norma constitucional en la que haya sido reconocido el derecho, formulación que es el punto de partida para la determinación de lo constitucionalmente permitido por un derecho.¹¹³

En consecuencia, el contenido es una expresión de la esencia o naturaleza jurídica del derecho y se refiere al núcleo radical jurídicamente protegido, en función del ámbito al que alude, obviamente al momento de su positivización en forma de norma constitucional, lo que se está haciendo es reconocer una cualidad preexistente que deriva de la dignidad humana. Este reconocimiento normativo requiere de un modo de hacer que su tutela sea eficaz a través del contenido que se le dará al derecho en una Constitución.

Siguiendo este orden de ideas, analicemos lo relacionado con el derecho de libertad, que es materia de interés del presente trabajo.

La libertad de creación y expresión artística es una formulación más específica del *derecho a la libertad artística*, que se refiere en términos generales a aquel derecho que tutela de manera integral la totalidad del proceso de formación del arte desde su concepción y exteriorización y difusión pública. En este proceso se identifican dos momentos: el acto artístico creativo que da como resultado un producto estético y la exteriorización y difusión pública de la expresión artística.

La interacción dinámica entre crear y expresar hace posible la libertad artística, cuestión que a su vez permite establecer de manera nítida que la protección del derecho está orientada a garantizar plenamente la creación y expresión del arte en condiciones de libertad, por consiguiente, se requiere del Estado y de otros poderes fácticos, no solamente de abstención para no obstaculizar el derecho, sino además de tolerancia y acciones de carácter positivo que permitan su realización plena, porque la relevancia de esta libertad cultural es distinta y atípica, en función del componente creatividad,

¿Qué es la creatividad sino otro modo de nombrar al Espíritu? Si, como decía Whitehead, —la creatividad es un fundamento último algo con lo que se debe contar antes de poder tener cualquier otra cosa—, ¿qué es el “último sustrato metafísico” sino el Espíritu? Y por Espíritu también entiendo al

113 Luis Córdova Castillo, “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo”, en *El derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, ed. José E. Palomino Manchego (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005).

término budista “Vacuidad”, del que también vamos a hablar. Pero el Espíritu, o la Vacuidad, dan lugar a la forma, de ella emanan las nuevas formas y los nuevos holones.¹¹⁴

La ciencia está de acuerdo en que la autotrascendencia está entretejida en la misma urdimbre del universo. ¿De qué otro modo podríamos denominar a esa creatividad autotrascendente sino espíritu, vacuidad, creatividad, holones?

Todo lo cual conduce a entender cómo la creación artística se presenta como algo mucho más difícil de definir, algo que a los sujetos como seres sentipensantes les sirve como una vía de renovación para expresar su universo interior, y por medio de la cual logra reconectarse con esa parte esencial que existe en todo individuo, que permite sentir y percibir las diferentes dimensiones del ser en lo físico, emocional, mental y espiritual; por ello a veces se afirma que:

La creación artística es un acto sobrenatural en una esfera espiritual que se sustrae a toda observación. Tan imposible nos resulta explicar el elemento pristino de la fuerza creadora, como en el fondo nos es imposible decir qué es la electricidad o la fuerza de gravitación o la energía magnética. Todo cuanto podemos hacer se reduce a comprobar ciertas leyes y formas en que se manifiesta aquella ignota fuerza elemental. Por eso no quiero despertar en ustedes esperanzas demasiado grandes.

Prefiero decirles desde el comienzo: Toda nuestra fantasía y toda nuestra lógica no pueden facilitarnos sino una idea insuficiente del origen de una obra de arte. No nos es dado descifrar este, el misterio más luminoso de la humanidad; acaso no podamos más que comprobar su sombra terrenal. No estamos en condiciones de participar del acto creador artístico; solo podemos tratar de reconstruirlo, exactamente como nuestros hombres de ciencia tratan de reconstruir, al cabo de miles y miles de años, unos mundos desaparecidos y unos astros pagados.¹¹⁵

La cita anterior evidencia la subjetividad del objeto de protección de este derecho, que permite el resguardo jurídico no solamente de la obra artística que es la exteriorización de la creación como general y limitadamente lo hace el régimen de propiedad intelectual, sino que la protección inicia tutelando el propio acto creativo.

Resulta oportuno señalar que el arte no solo se encuentra en el propio ejercicio del quehacer artístico, sino ante y por sobre todo expresa el nexo íntimo con la vida, la cual aspira coexistir en armonía con nuestra realidad, con los sentidos, con las distintas cosmovisiones de la vida, y con las experiencias espirituales, ofreciendo la posibilidad de encaminar al sujeto

114 Ken Wilber, *Breve historia de todas las cosas* (Barcelona: Kairos, 1996), 48.

115 Stefan Zweig, *El misterio de la creación artística* (Barcelona: Sequitur, 2007), 17.

hacia el crecimiento integral y a la integración de las diferentes capacidades, talentos y posibilidades.

Doctrinariamente existe un acuerdo más o menos generalizado respecto a que la libertad de expresión también ha tutelado a la creación y expresión artística, y generalmente se considera que la llegaría a contener, pues la experiencia histórica demuestra que los mayores conflictos y amenazas contra la libertad de creación y expresión artística han sido resultado no de la obra en sí misma, sino más bien por las opiniones y expresiones políticas, filosóficas, sociales, religiosas, etc., de sus autores, criterio que ha sido reforzado desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal es el caso de la sentencia en el caso *Olmedo Bustos y Otros versus Chile*, más conocido como el caso “La última tentación de Cristo”:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.¹¹⁶

A pesar de tratarse de una obra cinematográfica y de una evidente vulneración ante todo de la libertad de expresión artística, la sentencia de la Corte IDH se enfoca principalmente en la libertad de expresión general y no específicamente en el carácter artístico de la película, sin embargo, sin duda se configura como que fuera el primer caso en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se pronunció sobre una libertad de tipo cultural.

Al momento de resolver conflictos que eventualmente puedan presentarse, veremos cómo opera la perspectiva desde la cual se pretende garantizar el derecho, y generalmente se lo hace como ya planteamos anteriormente desde el restrictivo enfoque de la libertad de expresión en general, que finalmente resultará insuficiente al dejar de considerar y de abordar cuestiones relativas a ciertas tensiones tales como las relaciones del arte con los derechos, la ética, la colectividad e inclusive con ciertas convenciones artísticas, de modo que al pretender traducir tales controversias al mundo de lo jurídico, el derecho se da cuenta que no está en capacidad de

116 Caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 65, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf, consulta: 8 de enero de 2012.

resolver satisfactoriamente este tipo de disputas, y se le dificulta encontrar soluciones adecuadas, de modo que la garantía de un derecho o libertad cultural, no signifique el sacrificio de otro u otros.

En la práctica la efectividad y eficiencia de las garantías a esta libertad cultural, están directamente vinculadas a la cuestión política del control de la misma, presentando situaciones complejas, pues la cesura indirecta, o la falta de justiciabilidad no siempre son los principales problemas que deben enfrentarse, como generalmente se cree, por el contrario en el día a día hay un sinnúmero de cuestiones problemáticas, como por ejemplo la discrecionalidad y las presiones hacia los creadores y artistas por parte de quienes administran los recursos, que finalmente por ocupar una situación de decisión generalmente burocrática asumen arbitrariamente la potestad de regular la creación y la expresión artística; realidad que se vuelve mucho más difícil, por la falta de un debate abierto que revele finalmente la intolerancia social contra el arte, por falta de comprensión de su función política de crítica y de resistencia, por ello: "Toda persona goza del derecho a la libertad de expresión y creación artística, que incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones".¹¹⁷

El contenido del derecho posibilitará el pleno ejercicio de la creación y expresión del arte en libertad, potenciando condiciones adecuadas para su ejercicio a través de políticas públicas, una legislación que verdaderamente favorezca y estimule las libertades culturales, participación social efectiva, y una verdadera justiciabilidad de este derecho cultural en el plano jurisdiccional que debería estar siempre respaldado por los principios *pro homine, pro libertatis y Ars gratia artis*.¹¹⁸

El objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación

117 Farida Shaheed, "El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas", <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>(recurso, consulta: el 27 de octubre de 2015).

118 *Ars gratia artis*, es un principio de la estética idealista, filosóficamente considerado el fundamento de la libertad artística, y paralela a la libertad de expresión definida como una de las libertades proclamadas por la Revolución liberal. Se refiere también al valor artístico que hace de la obra una expresión distinta de un objeto puramente utilitario, al arte independiente, al estilo de vida artístico, y bien podría ser un criterio importante para ser tomado en cuenta en cuestiones jurídicas, para darle autonomía a este derecho cultural de libertad. (Nota del autor)

literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite por medio de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además, hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse.¹¹⁹

Lo que significa que el objetivo primordial de la tutela de la libertad de creación y expresión artística no es la obra de arte o el producto final, sino todo el proceso creativo, el cual constituye sin lugar a dudas una extensión del creador y, por tanto, de su dignidad intrínseca, además la proyección hacia el exterior sin impedimentos permite el ejercicio conveniente de esta libertad cultural.

Por lo tanto:

La garantía de la libertad artística incluye por igual tanto el “ámbito de la obra” (Werkbereich) como el “ámbito de actuación” o de influencia (Wirkbereich) de la creación artística. Ambos constituyen una unidad indisoluble. No solo la actividad artística (ámbito de la obra), sino también, además, la presentación y difusión del trabajo artístico (ámbito de influencia) son materialmente necesarios para el encuentro con la obra como un proceso, en todo caso, específicamente artístico; principalmente es en este “ámbito de influencia” — mediante el cual se logra que el público tenga acceso al trabajo artístico —.¹²⁰

En este orden de ideas resulta oportuno destacar estas dos categorías importantes, consideradas indisolubles con fines de protección, ya que son el ámbito de la obra y el ámbito de actuación o influencia, en el primer caso nos referimos a la propia acción creadora, un aspecto definitivamente subjetivo, toda vez que constituye una inexplicable búsqueda de la eurítmica, la conjunción la multiplicidad heurística, la razón y el sentimiento, lo experimentado y lo intuido, todo lo cual pone lo pone en contacto al creador desde lo recóndito de su ser con multiversos insólitos, hallados en el acto mismo de la creación. En el caso de actuación o influencia no solo interesa la presentación y difusión del resultado del acto creativo, sino el que la libre

119 Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda. Sentencia 51/2008, 14 de abril de 2008. Recurso de amparo 5351-2004. Promovido por doña Annie Arraud Milbeau respecto a la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en grado de casación, desestimó su demanda contra don Manuel Vicent Recatalá y editorial Santillana por un pasaje del libro *Jardín de Villa Valeria*. Supuesta vulneración del derecho al honor: fragmento de una novela, ejercicio del derecho de creación literaria, que identifica a una persona fallecida sin emplear frases vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas.

120 *Ibid.*

expresión del arte es ante todo un ejercicio de libertad intelectual, de crítica de las ideas arraigadas y de las creencias mayoritarias o minoritarias,¹²¹ posturas provocadoras, y el ejercicio de lo que el escritor Mario Vargas Llosa ha definido como el derecho a la irreverencia.¹²² La expresión del arte tiene una connotación política, tal y como lo destaca David Munkittrich, cuando señala a la música como una manifestación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, considerando que a más de apuntalar la propia individualidad, su expresión musical también logra promover la comunidad, intercala solidaridades, todo lo cual revela evidencias clarísimas que revelan cómo puede erigirse en el elemento conductor y a su vez comunicativo de una cultura.¹²³

Por tanto, la protección de la libertad de creación y expresión artística requiere resguardar en primer lugar todo el proceso de creación, acto creativo, luego el producto o resultado y su exteriorización o difusión, pero como fases de un mismo fenómeno, razón por la cual la protección recae sobre la creatividad, la obra y el espacio de influencia de la misma, de modo que una tutela parcial de una de las facetas, conducirán a la indefensión total, pues libertad de creación y expresión constituyen una sustantividad indivisa.

El bien jurídico tutelado en la libertad de creación y expresión artística

Una cuestión indispensable para determinar la autonomía de la libertad de creación y expresión artística, sin lugar a dudas, constituye la clara identificación del bien jurídico tutelado.

Cuando nos referimos a la libertad de expresión en general, es posible establecer en forma precisa que es lo que efectivamente protege este derecho de libertad, en el sentido que:

101.1) Respecto del alcance del Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y su rol dentro de una Sociedad democrática que:

Dicho artículo 13 engloba dos dimensiones: la individual, que se realiza a través del derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a

121 Sobre este tema resulta interesante revisar el fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 28 de diciembre de 2004, revocando la clausura a la muestra León Ferrari, Retrospectiva Obras 1954-2004 realizado en el Centro Cultural Recoleta, Buenos Aires. Expte. "Asociación Cristo Sacerdote c/ GCBA", sentencia de fecha 28 de diciembre de 2004. (Nota del autor)

122 La idea del derecho a la irreverencia pertenece al escritor Mario Vargas Llosa y apareció por primera vez en un artículo publicado en la sección de opinión de la edición impresa del *Diario El País* de España, del domingo 12 de febrero de 2006. (Nota del autor)

123 Amplia información en David Munkittrich, "Music as Speech. A First Amendment Category unto itself", *Federal Communication Law Journal* 62 (2010).

recibir las, y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva entre los seres humanos. Ambas deben garantizarse simultáneamente.¹²⁴

Esta postura que es reiterada en varias ocasiones por la Corte IDH¹²⁵ señala, por un lado, que lo que se está protegiendo es el manifestar pensamientos e ideas en forma de información y, por el otro, a participar en la dinámica del intercambio de dicha información.

En consecuencia, lo esencial en este derecho es proteger todas las formas de comunicación entre seres humanos.

A diferencia de lo señalado anteriormente cuando nos referimos a la libertad de creación y expresión artística, nos encontramos con un derecho de libertad de distinta naturaleza del anterior, pues se realiza en dos momentos que giran alrededor de un fenómeno central que es *el proceso que da lugar al acto creativo*, que “se cumple con el principio de la doble génesis: lo creado nace primero en nuestra cabeza y luego, a través de algún proceso mediador, aflora en la realidad”.¹²⁶

Esto quiere decir que primero se crea para luego expresar, de modo que el resultado de lo que el ser humano imagina, inventa y concibe, es el acto creativo que se materializa en una manifestación artística, y justamente es esta la que se puede expresar; asimismo no puede expresarse lo que jamás fue creado, y por tanto no puede existir libertad de creación y expresión artística que no se cumpla bajo esta lógica, que es la que permite compaginar en forma dinámica la creación y la expresión del arte.

Primero se imagina, concibe y se crea algo, que además tiene una peculiaridad estética, y es aquello lo que se exterioriza, de modo que el resultado siendo arte apunta más allá de la simple comunicación y se enfoca en la percepción, y la actitud emocional, sensitiva y apreciativa, que inclusive puede estar por encima del nivel de comprensión.

No es posible que dentro de la comunicación pueda incorporarse el acto creativo, y la libertad para engendrar arte y revelarlo, la naturaleza y contenidos de la libertad de expresión general y la libertad de expresión artística son distintos; por la misma razón mientras en el primer caso la protección recae sobre la comunicación de pensamientos ideas e informaciones,

124 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante), caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia, 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

125 Ver Caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, n.º 74, párr. 146; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, CADH). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, n.º 5, párr. 30.

126 Eulalio Ferrer, “El proceso creativo”, <http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/El%20Proceso%20Creativo.PDF>, consulta: 2 de junio de 2015.

en el segundo la tutela recae sobre la libertad para ejercer el acto creativo, presentarlo y difundirlo.

Al respecto la sentencia del caso Mephisto manifiesta:

El arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias, y se encuentra protegido sin reserva alguna por el artículo 5, párrafo 3, de la Ley Fundamental. Los intentos de restringir la libertad artística —ya sea mediante una interpretación restrictiva del concepto de arte, o bien mediante una interpretación amplia de las restricciones contempladas para otras disposiciones constitucionales o aplicándolas por analogía a la libertad artística— deben ser excluidas, atendiendo a la redacción clara del artículo 5, párrafo 3, frase 1, de la Ley Fundamental.¹²⁷

Los argumentos del Tribunal Constitucional Federal Alemán son determinantes: en primer lugar, el arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias; en segundo lugar, todo intento de restringir el concepto de arte debe ser excluido, y en tercer lugar, debe excluirse cualquier intento de hacer extensivas restricciones a la libertad de creación y expresión artística mediante la artificiosa aplicación de ciertas analogías contempladas por otras disposiciones.

En otras palabras, la autonomía de la libertad cultural radica justamente en el carácter artístico-creativo, lo que la hace notoriamente distinta a la libertad de expresión general; además, mientras la libertad de expresión no es un derecho cultural, la libertad de creación y expresión artística sí lo es, evidenciando una vez más su disimilitud, puesto que como lo señala el magistrado, don Francisco Rubio Llorente, en Voto particular que a la sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 447/1982:

A mi juicio, ni la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo, ni la protección de la juventud y de la infancia es una función reservada en exclusividad al Estado, pues todos los poderes públicos —y las Comunidades Autónomas sin duda lo son— están sujetos a la Constitución (artículo 9.1 de la CRE), ni sobre todo, y esto es lo decisivo, hay en el decreto impugnado limitación alguna de ningún derecho fundamental.¹²⁸

El razonamiento de la autonomía de la libertad de creación y expresión artística, sin lugar a dudas es la cuestión más importante de la cita anterior pues, poco a poco, vemos como la jurisprudencia rompe con la idea de que se trata de una derivación de la libertad de creación y expresión artística general, equívoco que conduce a no solamente desnaturalizar esta libertad

127 Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso Mephisto, sentencia BVerfGE 30, 173, párrafo 4.

128 Tribunal Constitucional español, sentencia 153/1985, 7 de noviembre de 1985. Conflicto positivo de competencia 447/1982. Voto particular del magistrado don Francisco Rubio Llorente.

cultural, sino que además genera mayor vulnerabilidad e indefensión a los titulares de la misma.

La libertad como aspecto esencial de la actividad artística

Tras la breve reflexión sobre el objeto y contenido de la libertad de creación y expresión artística, resulta oportuno enfatizar en la libertad, como componente esencial para el quehacer artístico y el ejercicio del derecho cultural objeto del presente estudio. En la sentencia del caso Mephisto,¹²⁹ se destaca lo siguiente:

Lo esencial de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad, que se da intuitivamente en las impresiones, experiencias y vivencias del artista, mediante el empleo de una determinada forma de lenguaje. Todas las actividades artísticas son una mezcla de procesos conscientes e inconscientes que no se pueden separar racionalmente. En el caso de las creaciones artísticas actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos; no se trata de un mero “hacer partícipe” sino, ante todo, de una “expresión” (ciertamente, la expresión más directa) de la personalidad individual del artista.¹³⁰

Nótese el lenguaje que se utiliza en ese fallo, se habla ya no solamente de la libre manifestación del resultado del acto creativo, sino de la libre estructuración de la creatividad, se reconoce la pluralidad de procesos involucrados en la creación artística y se admite expresamente que el ejercicio del arte y la expresión de la obra artística constituyen una expresión directa de la personalidad individual del artífice de la creación.

Evidentemente, será la libertad aquel elemento intrínseco y primario que singulariza y modela a la libertad de creación y expresión artística, y como acertadamente lo señala el Tribunal Constitucional Federal Alemán, es el ejercicio del crear y expresar arte en forma libre, lo que permite que el ejercicio de dicha libertad sea una manifestación del ideal y la identidad peculiar e inalienable del creador; concomitantemente sin la posibilidad de una libre estructuración de la creatividad, sería imposible que el arte pueda realizarse adecuadamente.

Vinculación entre libertad de creación y expresión artística y la sociedad democrática

La libertad de creación y expresión artística, por su carácter reivindicativo, crítico, libertario y su capacidad de resistencia, tiene una proyección mayor, pues constituye uno de aquellos aspectos que permiten la

129 Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso Mephisto, sentencia BVerfGE 30, 17.3.

130 *Ibid.*

construcción de una sociedad democrática, puesto que: “Los que crean, interpretan, propagan o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones indispensable en una sociedad democrática. De donde se deduce la obligación que tiene el Estado de no invadir indebidamente su libertad de expresión”.¹³¹

Una sociedad democrática, no solamente debe tolerar la libertad artística sino que debe fomentarla, toda vez que el arte nos muestra la posibilidad de una existencia distinta “de vivirla esencialmente según la esencia de la poesía, como una metáfora: como un espíritu que conoce la naturaleza simbólica del mundo y se libera así de la servidumbre respecto de lo meramente fáctico y efímero”.¹³²

El artista en ejercicio libre de su trabajo creativo tiene mucho que aportar a la sociedad democrática,¹³³ inclusive sobre los postulados de los científicos sociales, toda vez que sin lugar a dudas tienen una ventaja que hace que:

una y otra vez sea el artista el primero en percibir, sentir, aprehender, articular y mostrar (haciendo visible e inteligible) lo nuevo, lo que está por nacer, las formas emergentes del *Liebenswelt*, y solo en un segundo momento, y gracias al trabajo previo de los artistas, “los estudiosos de la vida social” las perciben, mastican y digieren. Esa ventaja es la libertad, o mejor dicho, una libertad de experimentar, de arriesgarse y equivocarse muy superior a la que suele darse entre los muros de la academia tras los que viven y trabajan los sociólogos. A diferencia de los académicos, los artistas no están condicionados por las estadísticas oficiales y las opiniones mayoritarias, ni están atrapados por la angosta jaula de una disciplina con denominación controlada.¹³⁴

Y así podemos entender como la libertad en el arte permite al artista reinterpretar al mundo desde su iniciativa, y sin ataduras de ninguna especie, a diferencia por ejemplo del quehacer académico que requiere del cumplimiento de ciertos estándares sobre la producción y la aplicación del saber científico, lo cual nos permite humanizarnos, porque finalmente: “El arte te abre la jaula para mostrarte la belleza”.¹³⁵

131 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso Muller vs. Suiza, sentencia n.º 1988/8, 24 de mayo de 1988.

132 Héctor Murena, *La metáfora y lo sagrado* (Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco, 1995), 36.

133 Sobre el tema se puede ampliar en Félix Ovejero de Lucas, *El compromiso del creador. Ética de la estética* (Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2014).

134 Zygmunt Bauman, *Arte, ¿Líquido?* (Madrid: Edic. Sequitur, 2007), 96.

135 Esa frase fue pronunciada por Alejandro Jodorowsky en una entrevista realizada por Víctor Núñez Jaime, y publicada en el diario *El País* de España, el 28 de octubre de 2015. (Nota del autor)

Principio de no relativización de la libertad de creación y expresión artística

La jurisprudencia europea plantea la prohibición de relativizar la libertad de creación y expresión artística, para que su interpretación se haga desde los principios y valores más elevados, aspecto que sin lugar a dudas constituye un principio de trascendental importancia, puesto que:

Como la libertad artística no contempla ninguna reserva para el legislador ordinario, no puede ser relativizada mediante el ordenamiento legal general ni a través de una cláusula indeterminada, que sin un punto de partida constitucional y sin la suficiente seguridad que provee el Estado de derecho, pone en peligro los bienes necesarios para la estabilidad de la comunidad estatal. Más bien, los conflictos que se den en el marco de la garantía de la libertad artística deben resolverse por medio de la interpretación constitucional, con base en el orden de valores de la Ley Fundamental y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores básico.¹³⁶

El párrafo citado anteriormente destaca varios elementos que merecen ser considerados:

En primer lugar, la legislación infraconstitucional no puede desdeñar el derecho a la libertad de creación y expresión artística, por tanto el legislador ordinario no puede atribuirse competencia para acotar, delimitar y peor aún menguar este derecho de libertad.

En segundo lugar, se debe considerar que toda afectación a la libertad de creación y expresión artística pone en peligro el equilibrio de la convivencia social.

Y finalmente, la forma correcta de tratar los conflictos en la esfera de la libertad de creación y expresión artística es a través de la interpretación constitucional, la doctrina de la Corte Suprema de los EE. UU., dice: “La Constitución no es un pacto suicida sino, por el contrario un pacto que hace posible la convivencia social y, por ello, la interpretación constitucional para mantener vigencia y utilidad social debe permitir la Supervivencia y la prosperidad de la sociedad”.¹³⁷

En nuestro criterio este es uno de los temas centrales para la configuración de la libertad de creación y expresión artística, toda vez que permitir su relativización, conduce a su conculcación desde la lógica que considera que se la libertad de creación y expresión artística es una libertad débil o en proceso de desarrollo y, por tanto, pudiera ser tutelada

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Fernando Pachano, “Apuntes sobre la interpretación constitucional”, http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Apuntes_sobre_la_interpretacion_constitucional.pdf, consulta: 3 de marzo de 2016.

en algún caso concreto desde la perspectiva de la libertad de expresión en general, aunque en la generalidad de casos es relegada en los sótanos de la *Realpolitik* o política de la realidad, en donde los derechos y las libertades culturales siguen siendo una categoría subdesarrollada de los derechos humanos.¹³⁸

Titulares obligados de la libertad de creación y expresión artística

Cuando se habla de titulares de derechos se hace referencia a los portadores de derechos u obligaciones, dependiendo de la situación relacional en la que se encuentren; se ha venido sosteniendo que los únicos titulares de derechos eran los seres humanos, sin embargo, el constitucionalismo ecuatoriano introdujo en su texto constitucional un avance sin precedentes al reconocer que la naturaleza también es titular de derechos. Además, poco a poco, se está avanzando al reconocimiento de los animales como sujetos de derechos.¹³⁹

En la esfera de la libertad de creación y expresión artística, los sujetos de la relación jurídica, son los mismos que se identifican en el mundo entero para el ámbito de todos los derechos humanos, y son:

En primer lugar, la persona como individuo de la especie humana, capaz de crear y expresarse a través del arte, razón por la cual la propia DUDH¹⁴⁰ en su art. 27, num. 1, señala que toda persona tiene derecho a tomar libremente parte en la vida cultural de la comunidad, ya gozar de las artes.

Del mismo modo, los grupos de personas dedicados a actividades artísticas, y más específicamente a los grupos y colectivos de creación artística, que son capaces de producir obras colectivas que funden el aporte de varias individualidades.

Y evidentemente, los pueblos como creadores y beneficiarios del patrimonio tangible e intangible, el cual esa su vez una parte del patrimonio cultural, concepto que se viene manejando desde la doctrina; a partir del 4

138 Ver Patricio Meyer-Bisch, "Les droits culturels: une catégorie sous-développée de l'homme; conclusions", *Les Droits culturels: une catégorie sous-développée de l'homme Actes du VIIIème Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, ed. Patricio Meyer-Bisch, 280-90 (Friburgo: Universitaires Fribourg Suisse, 1993).

139 Sobre derechos de los animales se recomienda la lectura de los trabajos de Tom Regan, en *Especial, The Case for Animal Rights* (California: University of California Press, 2004), y *Defending Animal Rights* (Chicago: University of Illinois Press, 2001).

140 La DUDH fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución n.º 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948 (Nota del autor).

de julio de 1976, en que se aprueba la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos o también conocida como la Carta Argel.¹⁴¹

Resulta oportuno destacar que:

Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.¹⁴²

Frente a los titulares de derechos, hay que destacar la existencia de unos sujetos pasivos que tienen una obligación inexcusable frente a esa libertad cultural, y que son quienes están obligados a garantizar el pleno ejercicio del derecho a la libertad de creación y expresión artística. Estos son:

El Estado, que tiene obligaciones vinculadas con la realización, garantías de ejercicio, promoción y tutela de la libertad de creación y expresión artística, que constituye un derecho humano.

Siendo los derechos y libertades culturales derechos humanos, su vulneración genera responsabilidad internacional a los Estados, puesto que cuando estos suscriben y ratifican tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, adquieren obligaciones, que los comprometen a salvaguardar y tutelar la dignidad humana, razón por la cual sostenemos que al hablar de derechos humanos, estamos hablando de un derecho de mínimos, es decir de aquellas condiciones esenciales, básicas, y primarias, que un ser humano merece.

En el ámbito interno de los Estados, cuando ocurra una vulneración a la libertad de creación y expresión artística o cuando esta ha sido incorporada al catálogo de derechos constitucionales, existirá en el Estado la

141 La Carta de Argel fue suscrita por un sinnúmero de personalidades de la política y de la cultura de todo el mundo, la Carta manifiesta que la “convicción que el respeto efectivo de los derechos del hombre implica el respeto de los derechos de los pueblos”. Esta constituida por treinta artículos que explican y codifican varios derechos tales como derecho a la identidad nacional y cultural; derecho a la autodeterminación política y económica; derecho a la cultura, al medioambiente, a los recursos comunes; derecho de las minorías; y las garantías a estos derechos. (Nota del autor)

142 UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ONU para la educación y la cultura, <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>, consulta: 10 de mayo de 2015.

obligación de reparar integralmente las consecuencias de dicha vulneración, toda vez que:

más allá de la forma tradicional en la que se entendía ala remediación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos constitucionales, es así, que bajo esta figura, se busca alcanzar una reparación de orden material e inmaterial. Este concepto, es considerado incluso como un verdadero derecho constitucional, acorde a lo manifestado previamente por esta Corte en la sentencia n.º 004-13-SAN-CC5, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte IDH que tiene como fundamento el artículo 63, numeral 1, de la CADH.¹⁴³

La Corte IDH, tomando en consideración la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio,¹⁴⁴ afirmó: “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.¹⁴⁵ De modo que estos instrumentos internacionales imponen obligaciones a las partes en atención a las disposiciones de los mismos, entre ellas las de promover, respetar y garantizar los derechos consignados.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema, deja muy en claro la obligación de que cada Estado parte debe organizar la estructura estatal y la administración pública de tal modo que se generen las condiciones estructurales, legales y humanas para que las personas disfruten de los derechos establecidos en la CADH y demás instrumentos conexos.

Esta obligación de adecuación de todo el ordenamiento jurídico en función de la garantía de los derechos humanos, debe materializarse en toda instancia; en ciertos caso la simple aprobación de leyes no es suficiente para la garantizar los derechos humanos si no se crean estructuras adecuadas para la realización de los derechos; y si no se promueve una cultura de que permita garantizar adecuadamente dichos derechos; con ello queremos decir de manera enfática, que la simple existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, no es suficiente, sino que “comporta la necesidad de una conducta gubernamental que

143 Corte Constitucional del Ecuador, caso n.º 1758-11-EP, sentencia n.º 135-14-SEP-CC de 17 de septiembre de 2014.

144 Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951. Constituye el principal antecedente para la para la creación de la Corte Penal Internacional y El Estatuto de Roma de 1998. (Nota del autor)

145 Opinión consultiva, n.º 2, sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la CADH (arts. 74 y 75), párr. 29.

asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".¹⁴⁶

Pero ¿Tienen algún tipo de obligación jurídica los Estados en el ámbito de la libertad de creación y expresión artística? Efectivamente es así, pues a partir de la suscripción del PIDESC, todos aquellos Estados que ratificaron dicho tratado, asumieron obligaciones internacionales, que deben concretarse en cuanto apolíticas públicas, y gestión eficiente de medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, y por todos los medios apropiados, inclusive mediante la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos contemplados en dicho instrumento internacional.

En materia de libertad de creación y expresión artística al igual que para todos los demás derechos y libertades culturales, no se trata solo de respetar o no obstaculizar el ejercicio de los mismos, sino primordialmente se trata de obligaciones positivas a cargo del Estado.

El reconocimiento de la dimensión cultural de todos los derechos humanos, y una auténtica toma de conciencia respecto al hecho de que la discusión política de la hora presente es ante todo cultural, puesto que: "De la misma manera que 200 años atrás la resistencia se dio pacíficamente en el terreno de los derechos cívicos, los derechos políticos, y que 100 años atrás la resistencia se dio por la defensa de los derechos sociales, creo que ahora el terreno de conflicto y de lucha es la defensa o la creación del conocimiento de derechos culturales".¹⁴⁷

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia ha señalado que son obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos el prevenir, investigar, sancionar y procurar el restablecimiento del derecho conculcado.

A estos elementos planteados habría que añadir las obligaciones señaladas en los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC,¹⁴⁸ en especial lo que tiene que ver con la obligación de los Estados de lograr

146 Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, párrs. 66 y 69 Serie C, n.º 4.

147 Entrevista con el sociólogo francés Alain Touraine, Transcrita por María Lila Ltaif Curbelo, <http://www.espectador.com/text/especial/touraine.htm>, consulta: 2 de julio de 2013.

148 Este documento fue elaborado por un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, EE. UU.), se reunió en Masstricht del 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Parte conforme al PIDESC, y que fue adoptado luego por Naciones Unidas; se trata de un ejemplo de *soft law*, es decir de aquellos instrumentos que en principio carecen de rango normativo en sentido convencional, que no han sido creados por instituciones dotadas de poder legislativo, que sin embargo impactan en la soberanía legislativa de los Estados afectados y adquieren relevancia jurídica. (Nota del autor)

progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido que:

La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados parte actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente los esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados parte tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones [...].¹⁴⁹

En materia de libertad de creación y expresión artística, sin olvidar que también incorpora un doble componente *de creación y de expresión*, la vulneración de este derecho de libertad de contenido cultural, genera a los Estados la obligación específica de tratar este derecho conforme sus propias especificidades; al respecto y con ocasión de la polémica suscitada en Chile en torno a la película *La última tentación de Cristo*, caso Olmedo Bustos y otros contra Chile, que mereció que la Corte IDH dispusiera que el Estado modifique su ordenamiento jurídico interno,¹⁵⁰ al señalar los cambios normativos se planteó el siguiente razonamiento:

La libertad de creación y manifestación de las obras literarias, teatrales, de música, pintura, escultura y danza, obras audio-visuales y de fusión entre diversas disciplinas artísticas, que están en el corazón de la cultura de un pueblo, constituye un derecho inalienable que toda sociedad busca garantizar a sus creadores. Sin libertad artística no hay auténtica expresión de cultura”. Agregando que “los creadores necesitan que se proteja su derecho de expresión de manera especial, pues por la propia naturaleza de su oficio ellos trabajan en la frontera del lenguaje y de la cultura.¹⁵¹

La idea de la obligación de los Estados de dar un tratamiento especial y cuidadoso al tema de la libertad de creación y expresión artística, en atención a su singularidad, comparte la Relatora Especial de Derechos Culturales de Naciones Unidas, cuando señala:

Los artistas, al igual que los periodistas y los defensores de los derechos humanos, *corren un riesgo especial*, ya que en su trabajo deben enfrentar visiblemente a personas en el dominio público. A través de sus expresiones y creaciones, los artistas a menudo cuestionan nuestra vida, la percepción que tenemos de nosotros mismos y de los demás, las visiones del mundo, las

149 “Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, 1986, <http://www.cc.gov.gt/ddhh2/docs/Instrumentos/Internacional/Limburgo.pdf>, consulta: 2 de julio de 2013.

150 Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros contra Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

151 *Ibid.*

relaciones de poder, la naturaleza humana y los tabúes, con lo que provocan respuestas tanto emocionales como intelectuales.¹⁵² (Énfasis añadido)

También los particulares, pueden vulnerar la libertad de creación y expresión artística, especialmente grupos no estatales, empresarios, medios de comunicación privados, grupos religiosos, etc.

Si bien existe todavía polémica sobre la violación de derechos por parte de los particulares, la sentencia Lüth¹⁵³ del Tribunal Constitucional alemán de 1958 BVerfGE 7, 198, constituye un antecedente importante que permite desarrollar la doctrina *Drittwirkung* o de efectos entre terceros, en la que se refiere básicamente a la eficacia de los derechos de forma horizontal, es decir, la relación entre particulares y no solo a la relación vertical entre el Estado y los ciudadanos. Profundizando esta postura la segunda sala de la Suprema Corte en México, al resolver un amparo,¹⁵⁴ relacionado con intervenciones y grabaciones de comunicaciones privadas planteo el tema de la ilicitud constitucional:

Por ilicitud, la doctrina ha señalado que la misma entraña “la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos”. Ahora bien, la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos para los efectos que nos ocupan, no pueden ser aquellos de naturaleza moral, sino los correspondientes a los que tienen un reconocimiento jurídico, punto este que dará a la ilicitud su connotación diferencial respecto a los juicios de valor que distinguen entre un acto justo o injusto.

Para determinar si los particulares pueden cometer un ilícito constitucional, debe dilucidarse, en primer término, el sentido normativo del contenido constitucional, es decir, si del texto de la norma constitucional se desprenden principios universales dirigidos, tanto a las autoridades como a particulares.¹⁵⁵

Así pues, y tomando como punto de partida el concepto de ilicitud constitucional, poco a poco se ha ido fortaleciendo el argumento de que los particulares si pueden violar los derechos de las personas, sin embargo y hay que decirlo de manera absolutamente enfática, la violación de los derechos humanos realizada por particulares no puede ser una justificación o una excusa para que el Estado no asuma su rol garantista de derechos, más aún si ha existido negligencia, tolerancia y peor aún complicidad en los hechos.

Es verdad que el Estado no puede ser omnipresente, y evitar una violación cometida por un particular, pero tiene la obligación de investigar,

152 Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 14 de marzo de 2013.

153 Tribunal Constitucional alemán, sentencia caso Lüth de 1958 BVerfGE 7, 198.

154 Suprema Corte de México, sentencia amparo en revisión, 11 de octubre de 2000, 2/2000.

155 *Ibid.*

sancionar al responsable y reparar integralmente a la víctima a través de los mecanismos constitucionales y legales que tenga a su disposición, en atención a sus obligaciones de garantía y protección:

las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados parte en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y en el ámbito del derecho Internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no parte en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones interindividuales) [...] en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo, tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares.¹⁵⁶

No obstante, hay que reconocer que en algunos casos el Estado nada puede hacer frente a violaciones de derechos, que efectivamente pueden llegar a cometer los particulares, frente a lo cual:

es importante recordar lo establecido por la Corte Interamericana en el caso Pueblo Bello contra Colombia, en el sentido que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, pues el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de estos frente a cualquier acto de particulares.¹⁵⁷

En este orden de ideas, es evidente sí existen casos de violación de derechos por parte de los particulares, de modo que no solamente el Estado puede ser el único sujeto pasivo de la obligación jurídica.

En materia de libertad de creación y expresión artística son frecuentes las vulneraciones tanto del Estado como de agentes no estatales, tal y como lo señala la Relatora de Derechos Culturales de Naciones Unidas:

Figuran entre estos los Estados, pero también los agentes no estatales en sus propias esferas de influencia, como los medios de comunicación y radiodifusión, las empresas de telecomunicaciones y de producción, las instituciones educativas, los extremistas armados y la delincuencia organizada, las autoridades religiosas, los líderes tradicionales, las empresas privadas, las empresas

156 Corte IDH, caso Blake vs. Guatemala (Fondo), sentencia del 24 de enero de 1998, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 26, y cfr. párrs. 27-30.

157 Medina Ardila Felipe, "La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares", *Revista Debate Interamericano* (2009): 118.

de distribución y los comerciantes minoritas, los patrocinadores y los grupos de la sociedad civil, como las asociaciones de padres.¹⁵⁸

Cabe señalar que los artistas se encuentran generalmente en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la conculcación de sus libertades culturales.

El libre ejercicio de la creación y expresión del arte es realizado por un artista, es decir por aquella persona "que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación".¹⁵⁹

Es decir se trata de seres humanos que *hacen del arte un elemento esencial de su vida*, en virtud del cual reivindica su condición como tal.

Quien ejercita la creación y la exterioriza, siendo un sujeto de la especie humana idéntico a sus congéneres en dignidad y derechos, en virtud de su entrega y consagración al arte merece ser entendido desde una perspectiva distinta, y por consiguiente en temas de carácter legal y más aún jurisdiccional, se requiere atender a la sensibilidad, la capacidad de polemizar, la ficción y la reinención de la realidad, que plantea el intelectual, el creador, el artista; por consiguiente, no se debería valorar estas cuestiones desde el frío mecanicismo procesal.

Los artistas serán los sujetos sobre quienes recae, principalmente, la protección de sus derechos a libertad de creación y expresión artística, para lo cual existen algunas aproximaciones que pretenden identificar aquellas personas que entrarían a ser parte de esta categoría, que posee esa condición especial a la que nos hemos referido antes y que consiste en *hacer del arte un elemento esencial de su vida*.

Fernando Fuentes sugiere que se pueden clasificar en siete categorías:

Artista intérprete. Es el artista que por medio del uso de su cuerpo (bailarines, mimos, entre otros), de su voz (cantantes, declamadores, etc.) o de la conjunción de ambos (actores), realiza la manifestación de una obra.

Artista ejecutante. Es el artista que por medio de un instrumento, realiza la manifestación exterior de una obra (músico).

Artista de dirección. Es el que de manera directa no ejecuta ni interpreta una obra, sino que por medio de la dirección de la interpretación de otro u otros artistas lo hace. Es decir, su función es la de dirigir a terceros en su interpretación, este tercero puede ser una sola persona o un colectivo. Cuando se trate

158 Shaheed, "El derecho a la libertad", 14 de marzo de 2013.

159 Ver UNESCO, Recomendación relativa a la Condición del Artista 27 de octubre de 1980.

de la dirección en la ejecución o interpretación de un colectivo, generalmente las legislaciones nacionales establecen una presunción sobre la representación de los distintos artistas por el director. Ejemplo de estos es el director de una orquesta o de una coral.

Artista autor. Es el artista que interpreta o ejecuta sus propias obras, por lo cual tendrá una doble protección, como autor (sobre su obra) y como artista (sobre su interpretación o ejecución). Ejemplo típico es el cantautor.

Artista plástico. Este término es empleado para referirse a los autores de obras plásticas, es decir, aquellos que realizan pinturas, dibujos, escultura o tallados, por lo cual, no pueden ser considerados como artistas protegidos por el derecho especial de estos, sino como autores, por ello, son protegibles por el derecho de autor. Ellos no interpretan ni ejecutan obras de terceros, sino que crean las suyas propias.

Artista de variedades. Es el artista que sin seguir una obra, crea un espectáculo o actos particulares (como el caso de los magos, domadores de animales, trapevistas, etc.), con ciertos elementos planificados, aunque en términos generales no logren constituir una obra.

Artista de improvisación. Es el artista que no sigue una obra, ni actos planificados, sino que ejecuta o interpreta solo elementos improvisados, por lo cual puede derivar en ciertos casos, en la autoría de una obra. Ejemplo típico de esto, son los mimos o actores callejeros.¹⁶⁰

Una pregunta es frecuente respecto al ejercicio de la libertad de expresar el arte: ¿Tiene responsabilidad ulterior el/la artista? Pues bien, la responsabilidad ulterior significa que si bien no es posible impedir que una persona se exprese, sí es posible que sea merecedor/a de una sanción, si a consecuencia de su expresión ha ocasionado algún daño; si bien es cierto que este es un asunto que por lo general atañe con mayor frecuencia a los periodistas, también esto se considera un tema de competencia de los/las artistas, partiendo del hecho de que el derecho a la libertad de creación y expresión artística no es absoluto, cuando en su quehacer se afecta la dignidad humana,¹⁶¹ por lo tanto, habrá responsabilidad ulterior en el artista, si a partir de las expresiones artísticas agrede los derechos de otros sujetos.

Si con su obra vulnera derechos de otras personas, violenta derechos de autor o hace uso de discursos tales como apología al odio y propaganda de guerra que inciten a la violencia, incitación directa y pública al genocidio, pornografía infantil, etc.

160 Fernando Fuentes Pinzón, "La protección del autor de obras plásticas en Venezuela", *Revista de Ciencias Sociales* XIII, n.º 1 (2007): 150.

161 Varios autores, *La dignidad humana: Filosofía, bioética y derechos humanos* (Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010), 19-25.

Condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística se realiza desde dos aspectos, el primero, un aspecto activo, que consiste en crear y difundir el producto artístico; y el segundo, un aspecto pasivo que consiste en recibir las expresiones artísticas.

De modo que las restricciones, obstáculos y vulneraciones a la libertad de creación artística, no solamente lesionan al artista o al creador, sino que también afectan al público.

La defensa de la libertad de creación y expresión artística, requiere de ciertas condiciones mínimas que posibiliten el pleno ejercicio de este derecho de libertad.

Si bien no existe una doctrina desarrollada sobre esta temática, a partir de las recomendaciones expuestas por la Relatoría de Derechos Culturales de las Naciones Unidas, en su informe sobre esta materia, es posible identificar los principales aspectos para garantizar las condiciones mínimas para crear y expresar el arte en libertad, que entre otras son las siguientes:

Entorno normativo de la libertad de creación y expresión artística

El Informe de la Relatora de Derechos Culturales plantea que se revisen críticamente leyes y prácticas que imponen restricciones al derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, tomando en consideración las disposiciones pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶² de modo que los artistas y todos los que participan en actividades artísticas solo deben estar sujetos a las leyes generales que se aplican a todas las personas. Dichas leyes deben formularse con precisión suficiente y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, deben ser de fácil acceso para el público, y aplicarse con transparencia, coherencia y de manera no discriminatoria.¹⁶³

Del mismo modo, los encargados de adoptar decisiones, judiciales y administrativas, deberán limitar la libertad de creación y expresión artística, como medida de *ultima ratio*, y teniendo en cuenta siempre la naturaleza de la creación artística como también el derecho de los artistas a discrepar, criticar y confrontar a los poderes dominantes, que a través del arte manifiestan su filosofía personal, su cosmovisión, sus creencias, y su visión del mundo y la realidad.

162 Shaheed, "El derecho a la libertad", apartado 88.

163 *Ibid.*, apartado 89, lit. a).

Además, normativa, judicial y administrativamente, el uso de lo imaginario y de la ficción debe ser comprendido, considerado, y protegido como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa de artistas e intelectuales.

En cuanto a los ordenamientos jurídicos nacionales, se deberían prohibir los contratos coercitivos en virtud de los cuales los creadores ceden sus derechos sobre su creación, y del mismo modo los regímenes de derechos de propiedad intelectual, en especial en materia de derechos de reproducción y derechos de los autores, deben redefinirse a partir del pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística.

Abolición de mecanismos de censura previa para la libertad de creación y expresión artística

Los Estados deben abolir todo tipo de órganos y sistemas de censura previa del arte de cualquier naturaleza, y solo deben exigir la responsabilidad ulterior, si el caso así lo amerita. Según el Informe sobre El derecho a la libertad de creación expresión artística: “Esta exigencia de responsabilidades será competencia exclusiva de un tribunal de justicia. La censura previa debe constituir una medida sumamente excepcional, adoptada únicamente para evitar un daño grave irreparable a la vida o a la propiedad cuando estas se vean amenazadas de manera inminente”.¹⁶⁴

En cuanto a los órganos y procedimientos de clasificación para las obras artísticas, únicamente deberán aplicarse para velar por el interés superior de niñas y niños en relación con determinados contenidos, y solamente en aquellos casos puntuales estrictamente necesarios.

Asimismo, los Estados deben ocuparse de la utilización del espacio público para actuaciones o exposiciones artísticas, para garantizar que dichas regulaciones no discriminen arbitrariamente a determinados artistas o contenidos. “Los actos culturales merecen el mismo nivel de protección que las protestas políticas. Debe alentarse a los Estados, instituciones privadas y donantes a que busquen soluciones creativas que permitan a los artistas exponer o actuar en el espacio público”.¹⁶⁵

Los Estados deben valorar de manera integral las restricciones a las libertades artísticas impuestas por las empresas y otros actores del sector privado, así como las consecuencias que tienen sobre la libertad de creación y expresión artística las estrategias de mercado, así como la existencia de monopolios u otras formas similares en el sector de la cultura, las artes y los medios de comunicación.

164 Ibid., apartado, lit. 89 b).

165 Ibid., apartado, lit. 89 f).

Políticas públicas

Las políticas de fomento de industrias culturales se deben revisar desde la perspectiva de los derechos culturales y las libertades artísticas, de modo que institucionalmente, los organismos, agencias e instituciones públicas desempeñen una función de respaldo financiero, logístico y solidario a las expresiones artísticas que no atraen a los patrocinadores empresariales, por sus características estéticas.

Las políticas públicas son un conjunto de decisiones y estrategias adoptadas por Estado para resolver problemas públicos complejos, se expresan en forma de directivas generales que voluntad política del gobierno para establecer estratégicamente ciertas acciones con el fin de modificar una situación determinada.

Para Naciones Unidas, las políticas culturales de los Estados deberían poner énfasis en apoyar sistemas sostenibles de gobernanza para la cultura, lograr un flujo equilibrado de bienes y servicios culturales, e incrementar la movilidad de los artistas y de los profesionales de la cultura, integrar la cultura en marcos de desarrollo sostenible, y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales encontrándose dentro de este último asunto de la tutela y promoción de las libertades artísticas, siendo la más destacada la libertad de creación y expresión artística.¹⁶⁶

En el análisis de la política pública cultural, existe un evidente sesgo legalista especialmente en América Latina, en función a la preeminencia normativa en el diseño de la estructura de los sistemas estatales; sin embargo se hace necesario rebasar el frío positivismo formalista, para mirar esta cuestión desde una perspectiva más bien holística, ya que trascendiendo la rigidez del normativismo es pertinente preguntarse no solamente sobre quién tiene la capacidad de tomar las decisiones, sino también sobre quién diseña y pone en marcha una política pública, así como sus resultados.

En la esfera de políticas culturales, resulta indispensable sociabilizar e impulsar propuestas que partan desde lo local, ya que la cultura y todas sus manifestaciones no pueden seguir siendo acaudilladas desde la burocrática sabiduría de unos pocos funcionarios, devenidos en expertos de la realidad.

El reconocimiento de la diversidad plantea la necesidad de generar políticas culturales libertarias desde los propios espacios de realización, buscando fórmulas que tomen en cuenta los esfuerzos de los creadores y el rol de los consumidores de los bienes culturales, dentro de una dinámica intercultural.

166 El debate sobre políticas culturales y su relación con la libertad de creación y expresión artística, fue notable durante la conferencia de seguimiento de la convención de 2005 sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, previo a la preparación el informe del año 2015. (Nota del autor)

La preocupación por difundir las artes de élite y preservar los patrimonios, es posiblemente lo más visible de las políticas culturales, sin embargo muchas veces se tiende a marginar las culturas las tradicionales, la memoria oral, las prácticas vernáculas y de manera crucial el papel innovador del arte independiente, que generalmente no suele ser considerado por cierta intelectualidad tradicionalista.

Considerar que la implementación de un cuerpo legal, garantiza la eficiencia de las políticas públicas en materia cultural, es falso, puesto que ninguna ley por extraordinaria que aparente ser, tendrá los efectos y resultados esperados si no existe una verdadera práctica de la democracia cultural participativa, y las decisiones sigan siendo tomadas desde la lógica de la dominación.

Una política cultural constituye sin lugar a dudas un proyecto de Estado ejecutado a través del gobierno, y siempre estará condicionada por las coyunturas políticas, los intereses de grupo, y las disputas en el terreno de lo simbólico.

La generación de políticas culturales libertarias, se hace muy difícil, puesto que la promoción de los valores anti-autoritarios a través del arte, la música, el teatro, la literatura, la educación, las recuperación de prácticas y saberes que refuerce la autonomía de los individuos y los grupos, la tecnología, el ejercicio de los derechos y libertades entre otros, en la práctica resulta completamente incómoda para el poder cultural.

El enfoque cultural libertario de las políticas culturales, implica acrecentar las artes, los medios y otras formas simbólicas que están en capacidad de exhibir varios aspectos del régimen de dominación y las confrontan con un sistema de principios y valores fundado en la libertad, como con una práctica pluridimensional de liberación y resistencia a la subyugación, regimentación, burocratización y mercantilización de la convivencia humana.

Hay mucho que discutir en materia de políticas culturales, especialmente en la forma como ha de garantizarse el pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, posiblemente la libertad cultural más libertaria y contestataria, y que hasta el momento no ha podido ser doblegada por la imposición de políticas culturales opresoras y absolutistas.

La protección de artistas y creadores

Generalmente el objeto de protección legal ha sido la obra artística, especialmente desde la perspectiva de Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) más bien orientada hacia la protección de derechos de autor sobre las obras artísticas y literarias, criterio que es también compartido por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de 1994.

El error radica en confundir los derechos personales de la persona natural con los derechos patrimoniales del artista, en el primer caso se trata de una cuestión vinculada estrictamente al mercado artístico existiendo derechos patrimoniales sobre las obras tanto como modalidades de ser explotadas.

El presente estudio se aparta de la discusión sobre los derechos patrimoniales de los autores, por tratarse una temática que si bien esta medianamente relacionada a la temática que estamos abordando, tiene otras particularidades. Lo que nos interesa es tratar el tema de la libertad de creación y expresión artística, que constituye un derecho personalísimo por su naturaleza.

En cuanto a la protección de artistas y creadores, resulta una temática sobre la cual muy poco se ha reflexionado, descuidando la importancia de su aporte a la humanidad, y su carácter *erga omnes*, por cuanto se los puede hacer valer contra todos.

La protección del artista y del creador debe implementarse frente a amenazas tales como las embestidas de un mercado que considera al arte como simple mercancía, la escasa protección social, el derecho a una vida digna, y la inefectiva tutela de la libertad de creación y expresión artística.

Los Estados deben cumplir su obligación de proteger a los artistas y a todos quienes participan en actividades vinculadas al arte, o en la difusión de expresiones, creaciones y performance de la violencia ejercida tanto desde el poder como de terceros; para ello se deberá documentar con mayor esmero, y de manera sistemática, las violaciones del derecho a la libertad de expresión y creaciones artísticas, con el propósito que estas frecuentes vulneraciones no sean invisibilizadas.

Asimismo, se hace necesario que todos los artistas sean apoyados cuando sean acosados, amenazados, o intimidados, proporcionándoles gratuita y oportunamente la asistencia jurídica pertinente; además los Estados al presentar sus informes y sus conclusiones a los órganos nacionales e internacionales competentes, deberán informar sobre la situación de la libertad de creación y expresión artística.

Participación de los artistas y creadores en la vida pública

Los Estados deben garantizar el derecho de los artistas y creadores a participar en la vida pública del país, ya sea de manera directa o indirecta, en las consultas populares, asambleas populares y asuntos locales de interés de la comunidad, y además en la participación activa en el debate público, el diálogo, etc.¹⁶⁷

¹⁶⁷ El derecho humano a la participación está reconocido en el art. 25, lit. a) del PIDCP de la Organización de Naciones Unidas, que dice: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y

Del mismo modo, el Estado deberá garantizar la participación de los representantes de las asociaciones independientes de artistas en la adopción de las decisiones relacionadas con el arte y las políticas culturales públicas. Igualmente deberá abstenerse de nombrar o designar a los administradores culturales o directores de instituciones culturales sobre la base de su afiliación política, religiosa o empresarial.

El Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, sintetiza la necesidad de considerar estas condiciones mínimas para el pleno ejercicio de esta libertad cultural cuando manifiesta:

La vitalidad de la creación artística es necesaria para el desarrollo de culturas dinámicas y el funcionamiento de sociedades democráticas. Las expresiones y creaciones artísticas forman parte integral de la vida cultural, en la medida en que cuestionan significados y reexaminan ideas y conceptos heredados a través de la cultura. La tarea fundamental de la aplicación de las normas universales de derechos humanos es evitar que arbitrariamente se dé primacía a ciertas perspectivas por su autoridad tradicional, su poder institucional o económico o su supremacía demográfica en la sociedad. Este principio es el elemento esencial de toda cuestión planteada en el debate sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas y sobre las posibles limitaciones de ese derecho.¹⁶⁸

Cuando se habla de condiciones mínimas, por tanto, se hace referencia a un conjunto de resguardos básicos que permitan que aquellas personas que deseen ejercer su libertad de crear y expresarse artísticamente, puedan hacerlo en un ambiente adecuado y tolerante, para lo cual desde la perspectiva de la Relatoría de Derechos Culturales de la Organización de Naciones Unidas deben observarse como estándares las normas universales de los derechos humanos, a fin de tener ciertos mecanismos de defensa frente a los embates del autoritarismo propio de la autoridad tradicional, los poderes institucionales o económicos, la supremacía demográfica, los intereses del mercado, etc.

Límites y restricciones a la libertad de creación y expresión artística

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, no es un derecho absoluto, y su ejercicio entraña deberes y responsabilidades, de tal forma que en casos absolutamente puntuales podrá someterse a determinadas

oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos". (Nota del autor)

168 *Ibíd.*, Apartado 3.

formalidades, condiciones, restricciones o limitaciones, previstas por la ley, y que constituyen medidas excepcionales; “Con arreglo al art. 19 del PIDCP, el derecho a la libertad de expresión, por ejemplo en forma artística, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán estar establecidas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar 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”.¹⁶⁹

Fuera de estas dos anteriormente señaladas, no se debería contemplar ninguna otra restricción, y se debe considerar detenida y cuidadosamente cómo se aplica en cada caso concreto, para que cumpla su objetivo sin menoscabar la dignidad del artista o creador, por tanto, “los encargados de adoptar decisiones, incluidos los jueces, al hacer uso de su potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deben tener en cuenta la naturaleza de la creación artística (en lugar de su valor o mérito), así como el derecho de los artistas a disentir, a utilizar símbolos políticos, religiosos y económicos como contraposición al discurso de los poderes dominantes y a expresar sus propias creencias y visión del mundo”.¹⁷⁰

A esto habría que añadir la obligación que las decisiones relativas a las restricciones deben ser suficientemente motivadas, justificadas, explicadas y fundamentadas,¹⁷¹ debiendo además permitir el que se recurra o interponga un recurso ante un tribunal de justicia de alzada.

En lo que tiene que ver con las tensiones de la libertad de creación y expresión artística con otros derechos, y que significan también una suerte de restricción a la misma, se puede señalar que el ejercicio de los derechos es dinámico, y muchas ocasiones esto puede generar tensiones entre ellos, pues constituyen distintas expresiones de la dignidad humana, tema bastante difícil de definir que hace que los jueces, por falta de precisiones impongan sus propios estándares morales en los casos que tienen posibilidades de ser considerados como violaciones a la dignidad.¹⁷²

Para solucionar estos conflictos se han planteado algunas posibilidades de solución entre las que destacan: el establecimiento e individualización

169 *Ibid.*, Apartado 26.

170 *Ibid.*, Apartado 89, lit. d).

171 Diremos que hay *motivación* cuando se explica la razón o motivo que se ha tenido para resolver algo en cierto sentido, *justificación* si nos referimos al procedimiento argumentativo, mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión, *explicación* si nos referimos a la descripción de las causas que han provocado el pronunciamiento de un fallo, resolución o parte dispositiva que es su efecto, y *fundamentación* cuando se expresa con precisión el precepto legal aplicable al caso. (Nota del autor).

172 Man Yee Karen Lee, “Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context”, *Asian Journal of Comparative Law* 3, n.º 1 (2008).

de ciertos límites a determinados derechos, con el fin de evitar abusos y propiciar una armónica relación entre derechos; el diseño de un modelo capaz de distinguir entre derechos comunes u ordinarios y derechos de un estatus superior o supremo, tal es el caso de la doctrina del tribunal supremo norteamericano sobre *preferred positions*; y la ponderación, con el fin de que la primacía de un derecho sobre otro opere únicamente en cada caso concreto, reconociendo que los ordenamientos jurídicos están formados no solamente por normas, sino también por principios y que finalmente el principio que tenga mayor peso triunfará en el ejercicio de ponderación.

Si bien este no es el tema central que estamos analizando, resulta oportuno acotar que en todas las posiciones antes señaladas, habría un derecho que tiene que ceder ante otro, basándose en consideraciones subjetivas que generalmente se desarrollan por medio de la jurisprudencia y desde un enfoque propio de las teorías conflictivistas, que al final olvidan que el fundamento de los derechos está en la dignidad intrínseca de las personas, y que en definitiva la expresión normativa de lo que llamamos derechos, no es sino una traducción jurídica de la propia naturaleza humana y sus exigencias, de modo que en conclusión no es que existen conflictos o colisión entre derechos, sino discrepancias de intereses de las partes, las cuales de manera habitual se expresan en los procesos legales, en los cuales hay que tener muy claro el contenido constitucional de los derechos, y clarificar sus límites como factores de demarcación, que son las fronteras hermenéuticas que impiden que un derecho se desborde y afecte la dignidad de otra persona.

De este modo, se puede decir que no es que un derecho cedió ante otro, o que existe cierta jerarquización, sino que simplemente en cada caso concreto, y en atención a los límites y restricciones de los derechos, una pretensión prevaleció sobre otra en una ocasión absolutamente puntual.

Se dirá que la ponderación sirve justamente para valorar los límites de los derechos, sin embargo una sentencia del Tribunal Constitucional español considera que se trata de “otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio”.¹⁷³ Esta *preferencia* a la que se refiere el fallo es sinónimo de primacía y de ventaja, lo que no significa de ningún modo examinarlos límites y las restricciones de los derechos que evidentemente no son absolutos, pero que expresan dimensiones de la dignidad humana intrínseca; por tanto al ponderar lo que estamos haciendo es subordinar y mermar un derecho en relación con otro, en lugar de definir simplemente con claridad el ámbito de protección de los

173 Tribunal Constitucional de España, sentencia STc 320/1994, 28 de noviembre de 1994.

derechos clarificando los mismos a través de una interpretación integrativa que tome como punto de partida el núcleo ontológico de la Constitución.

La libertad de creación y expresión artística por su naturaleza emancipadora, antipoder, libertaria y compleja, puede experimentar situaciones difíciles en su relación con otros derechos, más aún cuando la jurisprudencia nacional no le ha reconocido como un derecho autónomo

Han sido las frecuentes tensiones entre la libertad de creación artística y derechos de carácter religioso, las que han revelado dichas tensiones, y que muchas veces han acaparado el debate mundial, tal es el caso de la novela los *Versos satánicos* de Salman Rushdie en 1988, hasta las caricaturas de Mahoma en 2005.

En el caso *Otto Preminger-Institut contra Austria*, que se refiere al retiro de la película, *Das Liebekonzil* ("El concilio de amor"), del director Wemer Schroeter por parte del gobierno de Austria, ante una sospecha de tentativa de denigración de preceptos religiosos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró lo siguiente:

De las decisiones de las jurisdicciones austriacas se deduce que han tenido en cuenta debidamente la libertad de expresión artística. Las jurisdicciones, dentro de su competencia, no han considerado el valor artístico de la película o su contribución al debate público en general.

El Tribunal no puede obviar el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Al retirar la película, las autoridades austriacas han actuado para proteger la paz religiosa en esta región y para impedir que algunos se sientan atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva. Es competencia en primer lugar de las autoridades nacionales, mejor situadas que el juez internacional, la evaluación de la necesidad de semejantes medidas a la luz de la situación existente en el plano local en una época concreta. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, el Tribunal no estima que las autoridades austriacas puedan ser reprochadas de haberse excedido en el margen de apreciación al respecto. Así pues, no considera que haya habido ninguna infracción del artículo 10 en lo relativo a la retirada".¹⁷⁴

En consecuencia en el referido caso, en primer lugar se puede observar que se toma a la libertad artística de forma secundaria, y se da mayor peso a los sentimientos religiosos, posibilitan que las limitaciones impuestas han sido tomadas dentro de un razonable margen de apreciación nacional, con lo cual en la práctica se resignó al derecho de libertad artística, al cual además y no está por demás señalarlo, todo el tiempo se lo toma como una dimensión ínfima de la libertad de expresión general.

174 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Caso *Otto Preminger-Institut contra Austria*, Estrasburgo, sentencia, 20 de septiembre de 1994.

Naturalmente, no podemos estar de acuerdo con una resolución que en primer lugar desnaturaliza la esencia de la libertad de creación y expresión artística, eleva a la categoría de derecho a la intolerancia y los prejuicios religiosos, y justifica la arbitraria confiscación de un producto artístico. La película *Das Liebekoonzilo El concilio de amor*, es una expresión artística legítima, vulnerada por el simple hecho de que la mayoría en Tirol, región donde se intentó proyectar el filme, profesa la religión católica; es por ello que en un ejercicio democrático de absoluta tolerancia, la autoridad debió permitir que se proyecte la cinta, en un horario para público adulto; seguramente la mayoría de la población en virtud de sus creencias no habría asistido.

El problema radica no solamente en impedir que la obra se proyecte, sino en que se la confiscó, es decir se afectó los derechos de un artista que mostró su obra, que jamás obligó a que el público viera su trabajo. En cuanto al carácter ofensivo de la película, es un tema completamente subjetivo, el cual bajo ningún punto de vista justifica una resolución tan desatinada como la que hemos referido.

En cuanto a la tensión entre libertad de creación artística y derecho al espacio público, es frecuente y constituye un tema que va tomando cada día mayor importancia en el debate de la libertad de creación y expresión artística, tal es el caso de Buenos Aires-Argentina, en donde el Frente de Artistas Ambulantes Organizados (FAAO), ha luchado por una normativa que los proteja, pues consideran que el ejercicio del arte está siendo perseguido, censurado y criminalizado, especialmente desde las lógicas de la gestión del espacio público.

El uso compartido del espacio público es un asunto difícil, pues el ejercicio del arte en las calles puede molestar a otras personas, que también sienten que su derecho a acceder libremente a un espacio que es de todas y todos, se ve afectado por la presencia de quienes hacen arte; sin embargo, en la mayoría de casos la tensión real se produce entre los administradores del espacio público que quieren controlarlo todo y los artistas que reivindican sus libertades culturales.

Evidentemente, estas prácticas de discriminación y violencia contra los artistas callejeros vulneran abiertamente la libertad de creación y expresión artística, tal y como ha ocurrido en Buenos Aires, donde el tema se ha vuelto conflictivo pues varios grupos artísticos como Jamaicaderos, Pollerapantalón, Ciudad Baigón y El Método han denunciado haber sido víctimas del hostigamiento por parte de funcionarios públicos a través de frecuentes hechos de violencia, tanto física como verbal.

El 14 de abril de 2013, en defensa en el barrio de San Telmo, la agrupación de música jamaicana, Jamaicaderos, fue increpada por un grupo de

20 inspectores del Ministerio del Espacio Público de la ciudad, que amenazó a los artistas y trató de impedir su presentación; sin embargo, el suceso más grave ocurrió el 31 de agosto de 2012, cuando los músicos y parte del público que los acompañaba fueron agredidos por cuatro empleados de seguridad privada contratados por los vendedores de dólares blue en la calle Florida, y uno de ellos los amenazó e intentó acuchillar, mientras la policía liberaba la zona, según la denuncia realizada por los artistas, “el hecho concluyó en la apertura de una causa por amenaza con arma blanca en el Juzgado de Instrucción n.º 1 a cargo del juez Hernán López, pero el agresor sigue libre e incluso trabajando en el mismo lugar”.¹⁷⁵

Desde el año 2012 los artistas argentinos, con el apoyo de organizaciones de derechos humanos, la Unión de Músicos Independientes (UMI), y legisladores porteños de oposición a la gestión de Mauricio Macri, jefe de gobierno en la ciudad de Buenos Aires, han concentrado su lucha en impulsar el proyecto de Ley 2550-D-2012 que tiene como fin proteger, propiciar y fomentar la actividad artística en la vía pública y el espacio público, y que fue preparado por varios diputados pero que finalmente no fue tratado, razón por la cual en 2014 se insistió en el tema con la presentación del proyecto 660-D-2014.

En Chile, por su parte, el 28 de agosto de 2011, el Ministerio de Cultura, encabezado por el ministro Luciano Cruz-Coke, firmó un acuerdo con la Asociación Chilena de Municipalidades, Carabineros y agrupaciones del mundo del arte urbano como el Sindicato de Trabajadores Independientes Lluken Antu y la Asociación Gremial de Artistas Itinerantes de pintores y artesanos, encabezados por SICUCH, con el fin que los pudieran trabajar sin mayores inconvenientes por parte de representantes comunales o efectivos policiales, como solución momentánea hasta la oficialización de la ley para artistas callejeros, y se impulsa una normativa para atender esta situación bastante delicada.

Como avance significativo en esta materia, resulta oportuno señalar que en marzo de 2009, el Gobierno de Brasil aprobó la Ley 706/07 que des-criminaliza el arte callejero, con lo cual a día de hoyes completamente legal en todas sus formas, contando con la protección del Estado el ejercicio libre en las calles y el espacio público, para todo aquel que labore con expresiones artísticas, sin la necesidad de adquisición de permisos especiales.

He aquí como la tensión entre la libertad de expresar la creatividad artística y gestión del uso del espacio público está latente, identificándose

175 “Discriminación y violencia contra artistas y músicos callejeros en la ciudad”, *La Fábrica Porteña, Sección Arte y comunicación* (Buenos Aires), 27 de agosto de 2001, <http://lafabricaportena.com/acerca-de-la-fabrica-portena/>, consulta: 20 de junio de 2013.

una tendencia por garantizar a través de leyes, el ejercicio digno del arte en libertad.

La relación entre libertad de creación y expresión artística, también puede encontrar cierta tensión con aquellos derechos que tutelan el honor y la buena reputación. El caso del escritor español Manuel Vicent y su novela intitulada *Jardín de Villa Valeria*, es muy interesante, pues refleja la colisión entre estos dos derechos, y el pronunciamiento

Del Tribunal Constitucional español, ante las acciones legales impulsadas por la viuda de Pedro Ramón Moliner, personaje real que aparece en esta obra literaria, y cuyo honor y buen nombre habrían sido vulnerados. En la sentencia dentro del Recurso de Amparo n.º 5351-2004, el Tribunal Constitucional español consideró lo siguiente:

En efecto, tal y como se ha señalado en los fundamentos jurídicos precedentes, no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas.¹⁷⁶

En este caso y en forma acertada el Tribunal Constitucional, garantizó el ejercicio de la libertad creativa y su expresión también libre.

En Colombia en el caso de la novela *De amor y crimen* del escritor Hernán Joaquín Fonseca Jiménez, la Corte Constitucional colombiana consideró:

Resolver la controversia es importante por lo siguiente: porque si el escrito impugnado es, como lo afirma su autor, una novela, sus personajes y las situaciones descritas en él son una ficción, no son reales, son el producto de su imaginación después de desarrollar un complejo proceso de reelaboración intelectual, recreando y magnificando unos hechos, que si bien le sirvieron de inspiración, él nunca pretendió reconstruir y consignar en un documento; en ese caso las acusaciones que presenta la actora de la tutela en principio no tendrían ningún

176 Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda, sentencia n.º 51/2008, 14 de abril de 2008, BOE num. 117, 14 de mayo de 2008.

asidero, pues el autor del libro no se habría referido en su obra ni a ella ni a su familia en particular, ni siquiera a su hermano, cuya figura y acciones constituyeron apenas un referente que en ningún caso quiso “reproducir” en el libro.

Ahora bien, la contradicción que existe entre la descripción que el autor hace de cada uno de los personajes del libro y la que presenta la actora de ella misma y de los diferentes miembros de su familia, no hace más que corroborar el carácter ficticio del relato, pues el escritor no se limitó a sustituir los nombres de los protagonistas de la tragedia acaecida en Tunja en 1970, sino que trascendió el relato de esos hechos concretos, nutriéndolo con su inventiva, con sus fantasías, con su personal concepción del mundo y con su específico conocimiento e interpretación de su entorno, que es el de sus personajes; su obra, sin duda es una novela, que como tal “evoca la historia pero no corresponde a ella.”¹⁷⁷

Es decir, nuevamente es el carácter ficticio, fantástico, y simbólico, lo que hace que el arte no sea considerado como una forma de vilipendiar, desacreditar o injuriar a alguna persona, aunque estos límites pueden ser muy difíciles de determinar, y esa es la razón por la que la tensión entre estos derechos es constante.

La libertad de creación y expresión artística como derecho humano

El derecho a la libertad de creación y expresión artística, al igual que todos los derechos y libertades culturales tiene su fundamento en la propia dignidad del ser humano, puesto que “modela, con sus prácticas determinadas, sensibilidades particulares que pueden favorecer una configuración identitaria respetuosa del derecho de cada uno. La reconstrucción de nuestras subjetividades se vuelve un paso prácticamente ineludible cuando ponemos en marcha un proceso artístico, debido a que nuestra sensibilidad es expuesta en la misma creación”.¹⁷⁸

En la hora presente muy pocas personas cuestionan la tesis que el ejercicio y acceso al arte como a la cultura en general es un derecho humano, y aquello explica el impulso que van tomado los derechos culturales en los debates jurídicos contemporáneos, y como es evidente, la libertad de creación y expresión artística, junto con los demás derechos culturales tiene un

carácter fundamental según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio se desarrolla en el marco del carácter integral de

177 Corte Constitucional de Colombia, expediente T-247550, Acción de tutela instaurada por Flor Elvira Russi Rodríguez contra Hernán Joaquín Fonseca Jiménez, sentencia n.º T-244/00, Santafé de Bogotá, 3 de marzo de 2000.

178 Alejandra Rodríguez y Gustavo Varela, *Arte, cultura y derechos humanos* (Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2011), 62.

los derechos humanos, de forma tal, que ese mismo ejercicio permite y facilita, a todos los individuos y grupos, la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía y hacen de los individuos, en el colectivo social, los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura.¹⁷⁹

No olvidemos que según la Observación General n.º 21 relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, art. 15, párr. 1, lit. a), del PIDESC, la libertad de creación y expresión artística junto con los demás derechos culturales “son parte integrante de los derechos humanos y, al igual que los demás, son universales, indivisibles e interdependientes. Su promoción y respeto cabales son esenciales para mantener la dignidad humana y para la interacción social positiva de individuos y comunidades en un mundo caracterizado por la diversidad y la pluralidad cultural.¹⁸⁰

En la praxis de los derechos humanos, la creación y expresión artística, no solamente son derechos a ser tutelados, sino que se han convertido en mecanismos de reparación para las víctimas de vulneraciones a su dignidad. En varias ocasiones, sentencias paradigmáticas han empleado el arte en este sentido, como el caso *Barrios Altos vs. Perú* en el cual la Corte IDH dispuso: “erigir un monumento recordatorio”.¹⁸¹ El Estado peruano incumplió, pero las víctimas con la ayuda de la artista Lika Mutal, colocaron un monumento en una de las esquinas del Campo de Marte, en el distrito de Jesús María, cuyo nombre es *El ojo que llora*.

Por esta razón, y una vez asociado el tema de los derechos humanos a la obra de arte, es preciso preguntarnos cuál es el efecto de las obras de arte cuyo tema son los derechos humanos. Proponemos dos posibles efectos: 1. Efecto sensibilizador y 2. Efecto transformador. La diferencia obedece a razones metodológicas, porque en esencia ambos efectos se encuentran interrelacionados, y el segundo no existe sin el primero. No obstante, se subraya el carácter activo del artista, y su compromiso en la transformación social, en el segundo caso, que no necesariamente está presente en el efecto sensibilizador, donde el aporte fundamental radicaría en la existencia misma del tema de los derechos humanos como parte de la obra.¹⁸²

179 Amplia información en la página web de la Carta Cultural Iberoamericana <http://www.culturasiberoamericanas.org/>, consulta: 12 de abril de 2012.

180 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del PIDESC, Ginebra, 2009, párr. 1.

181 Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia (Reparaciones y Costas), párr. 44f, 30 de noviembre de 2001.

182 Yolanda Sierra León, “Relaciones entre el arte y los derechos humanos”, *Derecho del Estado*, n.º 32 (2014): 90.

En consecuencia no solamente que el derecho a la libre creación y expresión del arte es un derecho humano, sino que además esta forma de exteriorización de la inspiración del artífice de la obra, puede transformarse en una poderosa herramienta para humanizar y concienciar, y de este modo el arte al servicio de las grandes causas de la humanidad, adquiere una importancia mucho más relevante de la que comúnmente tenemos en cuenta.

La libertad de creación y expresión artística en el Sistema de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

A partir del 10 de diciembre del año de 1948, en que la Asamblea General de la Naciones Unidas aprueba la DUDH, se ha venido construyendo una estructura global, con el propósito de consolidar un sistema que garantice tales derechos a nivel planetario. La ONU, enfrenta una delicada tarea a la hora de definir aquellos derechos considerados mínimos que permitan la realización de la dignidad humana, pues la diversidad de naciones con visiones, valores, concepciones e ideologías distintas, hace que la tarea deba ser realizada con suma cautela.

En la práctica, el Sistema de Derechos Humanos alrededor del mundo funciona por medio de tres componentes interrelacionados: una normativa internacional a través de la Carta de Derechos Humanos, que integra tratados, declaraciones no obligatorias, acuerdos y documentos; los Relatores Especiales y expertos, además de una variedad de grupos, como por ejemplo grupos de trabajo, comités y órganos de los tratados, con la finalidad de trabajar de diferentes maneras en la promoción y protección de los derechos humanos; y finalmente la asistencia que se ofrece a los Estados a través del Fondo de Contribuciones Voluntarias para la Cooperación Técnica en materia de Derechos Humanos.

En lo que tiene relación con la libertad de expresión y creación artística, en la DUDH encontramos ya una simiente, en su art. 19 que señala que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión; y el art. 27.1 que dispone que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

En el PIDCP, la libertad de expresión artística, aparece como parte de la libertad de expresión en su art. 10, num. 2: "Toda persona tiene derecho a la libertad 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”.¹⁸³

En la resolución 10/23 del 26 de marzo de 2009 (ESCR), el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer, por un plazo de tres años, un procedimiento especial titulado “Experto independiente en la esfera de los derechos culturales”, según los instrumentos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas.¹⁸⁴

En el Sistema de Derechos Humanos de la ONU, sin lugar a dudas, el tema de los derechos culturales empieza a posicionarse apenas en 2009, lo que nos hace pensar, que se está iniciando un proceso con mayor entendimiento de la naturaleza y contenido de los mismos, requisito indispensable para en algún momento alcanzar su efectiva implementación.

El enfoque que viene dando al tema Naciones Unidas, está directamente vinculado a la Observación General n.º 21, del 19 de noviembre

183 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. (Nota del autor)

184 En su resolución 10/23 del 26 de marzo 2009 (E F S C R), el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer, por un plazo de tres años, un nuevo procedimiento especial titulado “Experto independiente en la esfera de los derechos culturales”, según los instrumentos pertinentes de derechos humanos de las Naciones Unidas.

En 2012, en su resolución 19/6 del 22 de marzo (E F S A C R), el Consejo de Derechos Humanos decidió conferir a la titular del mandato el estatus de Relatora Especial sobre los derechos culturales y de prorrogar el mandato por un período de tres años. Este mandato fue prorrogado de nuevo en 2015 por un período de tres años por la resolución 28/9 (E F S A C R) del 10 abril. A la Relatora Especial se le asignó el siguiente mandato:

- a) Identificar las mejores prácticas en la promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional;
- b) Detectar los obstáculos que pueden existir para la promoción y protección de los derechos culturales y presentar propuestas y/o recomendaciones al Consejo acerca de posibles medidas para superarlos;
- c) Trabajar en cooperación con los Estados, para fomentar la adopción de medidas de promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional, mediante propuestas concretas destinadas a intensificar la cooperación subregional, regional e internacional a este respecto;
- d) Estudiar la relación entre derechos culturales y diversidad cultural, en estrecha colaboración con los Estados y otros actores pertinentes, entre ellos, en particular, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con el fin de promover aún más los derechos culturales;
- e) Integrar en su labor la perspectiva de género y de la discapacidad;
- f) Trabajar en estrecha coordinación, evitando las duplicaciones innecesarias, con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, otros procedimientos especiales del Consejo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, así como con otros actores pertinentes que representen la gama más amplia posible de intereses y experiencias, dentro de sus respectivos mandatos, en particular asistiendo a las conferencias y reuniones internacionales pertinentes y procediendo a su seguimiento. (Nota del autor)

de 2009,¹⁸⁵ que caracteriza a la libertad cultural, —debió haberse hablado de las *libertades culturales* en plural—, en función al derecho a participar en la vida cultural como una libertad, lo que implicará que los Estados deberán abstenerse de interferir, y además están obligados a realizar acciones positivas para facilitar un ambiente dentro del cual la persona puede expresarse libremente y ejercer sus aspiraciones culturales.

Así pues, la libertad de creación, en forma individual, en asociación con otros, o como expresión comunitaria implica que los Estados parte deben abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las expresiones de las artes; obligación íntimamente relacionada con el deber de los Estados a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

En el informe de la experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, se destaca que “La Experta independiente prestará particular atención, entre otros, a la protección de *las libertades culturales (expresión, información, creatividad, investigación científica, participación e intercambio intercultural, sin consideración de las fronteras)*”¹⁸⁶ (Énfasis añadido).

En su quinto informe (A/HRC/23/34), la Relatora Especial hace un análisis de las variadas formas en que puede coartarse el derecho a la libertad, imprescindible para la expresión y creación del arte, además promueve la reflexión respecto de la inquietud cada vez más acentuada, por las manifestaciones artísticas que han sido o están siendo acalladas por la intolerancia, la violencia y el despotismo, razón por la cual este alarmante informe hace referencia tanto a los sistemas legales que restringen las libertades artísticas, como a las cuestiones económicas y financieras que repercuten de que las restringen, destacando que las causas subyacentes de las vulneraciones, suelen ser de índole política, religiosa, económica, cultural o moral, y que pueden presentarse como una combinación de todos estos aspectos.

Lo anteriormente señalado evidencia la situación inerte de la libertad de creación y expresión artística, un derecho cultural de libertad que va demandando respuestas distintas al pensamiento jurídico de la hora presente.

185 Organización de las Naciones Unidas, Observación General n.º 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del PIDESC E/C.12/GC/21/Rev.1, Ginebra, 2009.

186 El texto completo de este informe puede leerse en el sitio web del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=177&m=197, consulta: 20 de marzo de 2013.

La libertad de creación y expresión artística en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Cuando hablamos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: tenemos en mente el complejo de mecanismos y procedimientos previstos tanto por la Carta de la Organización de Estados Americanos y otros instrumentos jurídicos conexos a esta, como aquellos contemplados en la CADH, la cual —junto con sus protocolos adicionales y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos— es el producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema regional.¹⁸⁷

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye un espacio regional integrado por los Estados miembros de la OEA, dedicado a promover el respeto, tutela y realización de los derechos humanos a través de dos instancias que son, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuya sede se encuentra en Washington DC, EE. UU. y la Corte IDH con sede en San José de Costa Rica.

La libertad de expresión, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se concibe como un derecho fundamental de la persona que inclusive antecede al Estado, es decir, se lo ha caracterizado como un atributo de las personas consustancial con su naturaleza humana, que no es creado ni otorgado por el Estado. Esta idea se encuentra en el propio preámbulo de la Convención al señalar que se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

La Corte IDH en su opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, señala que la libertad de expresión no solo consiste en un derecho individual que obliga a que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, sino que también implica “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.¹⁸⁸

En la práctica, las expresiones políticas son las que obtienen el mayor grado de protección, y en cuanto a las expresiones de tipo artístico, suelen recibir una menor protección, lo que conlleva a que ante este tipo de expresiones del pensamiento y la creatividad, existiría un mayor espacio para que se den interferencias, restricciones censuras e intromisiones.

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades

187 Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999), 44.

188 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 30.

de comunicación entre las personas, y que esta libertad cubre una gran cantidad de modalidades expresivas, tanto desde el punto de vista formal como de contenidos; sin embargo, algunos modos específicos de expresarse han sido objeto de atención explícita por los instrumentos y organismos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Por el contenido expansivo y dinámico de esta libertad pueden identificarse los diversos tipos de expresión como formas claramente protegidas por el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁸⁹ y el art. 13 de la CADH, entre los que destaca la expresión simbólica o artística en cualquier forma que esta se manifieste, y que es de interés principal para nuestro trabajo.

Ciertos discursos prohibidos por los tratados internacionales no están protegidos por la libertad de expresión, relacionados a contenidos particularmente violentos y gravemente violatorios de los derechos humanos, tales como aquellos sobre apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

La libertad de creación y expresión artística como parte de los derechos económicos sociales y culturales

Los derechos económicos sociales y culturales, “son los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación”.¹⁹⁰

Al tratarse de un conjunto de derechos que abordan asuntos económicos, sociales y culturales, muchos autores consideran que la libertad de creación y expresión artística, como parte de los derechos culturales, está inmersa dentro de los derechos económicos sociales y culturales, aunque

Si bien, de conformidad con el PIDESC, los derechos culturales suelen enumerarse juntamente con los derechos económicos y sociales, reciben mucha

189 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en el año de 1948, en la misma que creó Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA). Desde una perspectiva histórica constituye el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipándose a la DUDH, aprobada seis meses después. El valor jurídico de la Declaración ha sido muy discutido, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA y tampoco ha sido considerada como tratado; la OEA la incluye entre los documentos básicos de derechos humanos y Argentina expresamente la ha hecho parte de su Constitución, otorgándole jerarquía constitucional. (Nota del autor)

190 Alto Comisionado de los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, Folleto informativo n.º 33 (Suiza, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 3.

menos atención y con suma frecuencia son completamente olvidados. Como hizo notar A. Eide, aunque la expresión “económicos, sociales y culturales” se utiliza ampliamente, las más de las veces el interés parece limitarse a los derechos económicos y sociales.¹⁹¹

Muchos defensores de los derechos culturales consideran que la libertad de creación y expresión artística, está sobrentendida en el art. 15 del PIDESC,¹⁹² que dice:

1. Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

En el año 1992 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales celebró un debate sobre el alcance de este artículo, en el cual el representante de Senegal llegó a preparar un documento, en el cual se indicó que el derecho de acceso a la cultura implica también la libertad de participar en una actividad creativa, el acceso a los medios de divulgación y la protección del patrimonio cultural y artístico, posteriormente en la Observación General n.º 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, seguiría esta misma línea, reafirmandose la importancia de esta libertad cultural.¹⁹³

La libertad de creación y expresión artística y los derechos culturales

Esta postura teórica parte de la perspectiva de que los derechos culturales constituyen una categoría autónoma que forma parte de los derechos humanos, al igual que los derechos civiles, políticos, sociales, colectivos, y

191 Janusz Symonides, “Derechos culturales: Una categoría descuidada de derechos humanos” (DESCA: Cultura-Biblioteca UNESCO), <http://www.unesco.org/issj/rics158/symonidesspa.html>.

192 El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue suscrito y reconocido por Ecuador y está publicado en el RO 101, 24 de enero de 1969. (Nota del autor)

193 Consejo Económico y Social de la ONU, Observación general n.º 2, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del PIDESC E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009.

ambientales; esta idea fuerza que está presente en el segundo considerando de la Declaración de Friburgo,¹⁹⁴ considera que los derechos culturales son, al igual que otros derechos humanos, expresión y exigencia de la dignidad humana, reivindicando el carácter autónomo de los derechos culturales.

No podemos negar que los derechos culturales se encuentran dispersos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, sin que hasta el momento hayan sido sistematizados.

La libertad de creación y expresión artística podemos encontrarla, en varios instrumentos internacionales, que abordan en sus contenidos, cuestiones relativas a derechos culturales, entre los que se destacan cuatro, que paso a explicar inmediatamente.

Carta Cultural Iberoamericana

La Carta Cultural Iberoamericana¹⁹⁵ es una declaración regional que trata de encontrar un marco común en los asuntos culturales en la esfera de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, que si bien no existe jurídicamente y conforme al Derecho Internacional Público como una organización jurídica propiamente dicha, se trata más bien de un concepto humanístico, recogido en el primer párrafo de la Declaración de Salamanca de 2005 de la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.¹⁹⁶

Dentro de este ambiente, se aprobó un documento llamado Carta Cultural Iberoamericana en la XVI Cumbre Iberoamericana de Montevideo Uruguay, en noviembre de 2006, que fue consecuencia del seminario “Economía y Cultura: La tercera cara de la moneda” realizado en Bogotá, en la que el jurista español y pionero en el tema de Derechos Culturales en Iberoamérica, Jesús lanza la idea de una carta cultural que ayude a la región iberoamericana a poner en valor y preservar su riqueza y diversidad cultural. Luego de varios análisis y debates sobre el tema, que

194 El lanzamiento de la Declaración de Fribourg sobre Derechos Culturales tuvo lugar el 7 de mayo de 2007 en la Universidad de Fribourg y el día siguiente, 8 de mayo de 2007, en el Palais des Nations de Ginebra. El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales (cuyas oficinas centrales se encuentran en el Instituto Interdisciplinario de Derechos Étnicos y Humanos en la Universidad de Fribourg) juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Fribourg fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONG. (Nota del autor)

195 Ecuador ha participado activamente en las actividades vinculadas a la Carta Cultural Iberoamericana, inclusive fue sede del Foro temático sobre culturas tradicionales, indígenas, afrodescendientes y poblaciones migrantes; realizado en la ciudad de Otavalo, provincia de Imbabura el 4 y 5 de mayo de 2009. (Nota del autor)

196 El texto íntegro de la Declaración de Salamanca del año 2005, puede leerse en el sitio web de la OEI, <http://www.oei.es/xvcumbredc.htm>, consulta: el 22 de mayo de 2013.

se llevaron a efecto durante varios años, la OEI, decide aprobar la Carta Cultural Iberoamericana.

El valor de la carta nace de su función como instrumento de integración regional de la cultura, y teóricamente podríamos decir que la Comunidad Iberoamericana de Naciones, como la primera región cultural supranacional que apuesta construir el Espacio cultural iberoamericano, justamente inspirado la carta.

En lo que tiene que ver de manera puntual con el tema de la libertad de creación y expresión artística, en febrero de 2008 en Santo Domingo, República Dominicana, se reunió el primer Foro de Creación Artística para el Desarrollo del Plan de Acción de la Carta Cultural Iberoamericana, en el cual se llega a plantear y sistematizar las siguientes cuestiones, a las cuales lamentablemente hasta el momento no se les ha dado la importancia que tienen, al señalar aquellos elementos que deben ser considerados en el debate sobre libertad de creación artística, y que podríamos sintetizar en los siguientes:

La necesidad de poner en claro la dimensión y alcance de lo que significa en el ámbito jurídico constitucional, la libertad de creación cultural, y establecer de manera clara las garantías institucionales para su ejercicio; aspecto que no ha sido asumido por los Estados en general. Particularmente, en el caso ecuatoriano se ha llegado al reconocimiento constitucional de la libertad de creación y expresión artística, pero hay que darle contenido y efectividad a esta libertad pública.

El hecho de sugerir la necesidad de un estatuto del creador iberoamericano,¹⁹⁷ es otra cuestión importante, el documento de conclusiones y propuestas del Foro de la Carta Cultural Iberoamericana redactado en Santo Domingo en el mes de febrero de 2008, en sus dos primeras conclusiones destaca la necesidad de realizar un análisis jurídico constitucional, en los países de la región, de la libertad de creación cultural y de sus garantías institucionales; y la formulación de las Bases para un Estatuto del Creador en la región Iberoamericana, tomando en cuenta aspectos tales como el régimen

197 El Tribunal Supremo español en sentencia RJ 1987\4006, del 5 de junio de 1987, sala de lo Contencioso-Administrativo: artículo 20 CE dice: "La elevación al rango constitucional artículo 20.1.b) del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica introduce relevantes factores de derecho público en la comprensión del nexo jurídico entre el autor y la obra producida como fruto de su actividad creadora; factores cuya presencia en el orden constitucional obligan a superar el tradicional enfoque de dicho nexo desde una visión estrictamente iusprivatista que se plasma en la regulación del instituto jurídico de la propiedad intelectual, entendida esta como el conjunto de facultades patrimoniales atribuidas al autor de una obra literaria, científica o artística para explotarla económicamente y disponer de ella a su voluntad [...]". (Nota del autor)

laboral, el régimen de protección social, el régimen fiscal, y la movilidad transnacional de los artistas y la posible creación de una visa del artista.¹⁹⁸

No se puede dejar como tarea pendiente el tema de financiamiento y créditos culturales para creadores y empresas culturales, pues la triste experiencia es que no existe inversión para garantizar la auténtica libertad de creación y libertad artística, esto ocurre como consecuencia de que el sector con mayores limitaciones, al menos en Ecuador, es el sector cultura. Por ello si no existen recursos económicos y diversificación de los mismos, puestos al alcance de los creadores, además de facilitar el acceso al espacio público, con incentivos fiscales, y se da paso una verdadera democratización en las relaciones de poder,¹⁹⁹ permitiendo un auténtico reconocimiento a la dignidad de los seres humanos que están detrás de las expresiones artísticas, el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística será imposible.²⁰⁰

*Declaración de la Diversidad Cultural*²⁰¹

El concepto diversidad cultural tiene que ver con el grado de variación cultural, alrededor del mundo, o en ciertos espacios territoriales, en que existe interacción de culturas dispares y múltiples, pero que coexisten.

Hoy se considera que la diversidad de culturas es parte del patrimonio común de la humanidad, y por tanto se promueven políticas favorables a ella, principalmente enfocadas a la preservación y promoción de dicha diversidad.

198 Foro de creación artística para el desarrollo del plan de acción de la Carta Cultural Iberoamericana, Recomendaciones y propuestas específicas sobre la creación artística en la Carta Cultural Iberoamericana, Santo Domingo, 2008, este documento puede consultarse en el sitio web: www.oei.es/historico/carta/ForoRD.pdf, consulta: 20 de noviembre de 2015.

199 Pierre Bourdieu, *Sociología y cultura*, trad. Martha Pou (Ciudad de México: Grijalbo, 1990).

200 Respecto a este tema, Pierre Bourdieu, considerado el sociólogo de la cultura, en una entrevista publicada en el sitio web Ciencias Sociales hoy, dice: "Cualquier campo científico o cultural es un microcosmos dentro del macrocosmos. Cada campo es una pequeña República en la que están los dominados y los dominadores, y también las relaciones de poder, aunque no todos los poderes son del mismo tipo. El poder que ejerce un gran matemático sobre un pequeño matemático no es igual que el que ejerce un patrón sobre un obrero. Los matemáticos son los más autónomos, nadie entiende lo que hacen, incluso los periodistas no se meten. Son como los poetas de vanguardia, que están al margen de todo y por esa razón pueden permanecer puros, pero a costa de quedar fuera de juego. Por su parte, todas las personas que están entre estos dos ámbitos, como los sociólogos o los economistas, se encuentran particularmente amenazados e intentan construir su campo con sus propias leyes. Pero como de lo que hablan es del dominio público, todo el mundo juzga: los obispos, la gran prensa, el público en general. Este fenómeno es un poco inquietante desde el punto de vista del futuro de las disciplinas artísticas, literarias, jurídicas, filosóficas" (énfasis añadido). La entrevista completa se puede leer en el sitio web <http://aquevedo.wordpress.com/tag/poder-cultural/>, consulta: 11 de junio de 2013.

201 La Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001. (Nota del autor)

El tema de la diversidad cultural está íntimamente ligado al de la diversidad de la creatividad, por tal razón la UNESCO, a partir de la premisa que todas las culturas son iguales en dignidad, promueve la idea de que estas a su vez deberían beneficiarse de las posibilidades de desarrollo que brindan las industrias creativas gracias al refuerzo de los mercados locales y a un mejor acceso a los mercados internacionales, en especial mediante la cooperación internacional, con el propósito de que la creación artística contribuya a la reducción de la pobreza y de las desigualdades, y apoye al fortalecimiento de la cohesión social; “El interés en las industrias culturales y su rápida aceptación como un modelo para abordar los problemas del desarrollo en el plano económico y político no es nuevo. No obstante, se deben superar obstáculos como el de convencer a los encargados de las políticas públicas de incluirlas en la formulación de la política económica y la planificación del desarrollo estratégico”.²⁰²

Según el Informe Mundial de la UNESCO, invertir en la Diversidad Cultural y el Diálogo Intercultural del año 2010, la creatividad es fundamental para la diversidad cultural, y la diversidad cultural es propicia para la creatividad, pues se entiende que en este contexto la creatividad se aplica a toda una serie de actividades humanas, desde las artes y las ciencias hasta el mundo del comercio, incluidas la invención y la innovación tanto de individuos como de grupos y sus instituciones.²⁰³

En este orden de ideas, se puede ver como, por ejemplo, la música popular, se presenta como el sector en el que las tensiones se dejan sentir con más fuerza, ya que por una parte los artistas locales están presionados a explotar su talento creador y competir muchas veces en desigualdad de condiciones en un mercado cada vez más global; y por la otra, el artista local se siente avasallado por procesos de aculturación relacionados con la asimetría de los flujos culturales mundiales, lo que genera una situación de incertidumbre y de caos para el creador.

En el caso de la música popular, cuatro de los cinco grandes conglomerados de la industria musical tienen su sede en los EE. UU., otro está en el Reino Unido, y los países occidentales, junto con el Japón y la República de Corea, dominan el mercado musical, en tanto que Brasil es el único país en desarrollo que figura entre los veinte primeros mercados comerciales de los países sudamericanos.²⁰⁴

202 Álvaro Moreno, “Industria cultural: La economía naranja”, *LatinTrade.com*, <http://latintrade.com/es/industria-cultural-la-economia-naranja/>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

203 UNESCO, Informe Mundial Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural, ONU para la educación, la ciencia y la cultura, 2010, 191.

204 Helmut Anheier e IsarYudhushtir, eds. *The Cultures and Globalization: The Cultural Economy* (Londres: SAGE, 2008).

Esto evidencia como en medios impresos, grabados y audiovisuales se registran fuertes desequilibrios en los intercambios culturales entre los países desarrollados y los en vías de desarrollo, aunque por supuesto, no se puede olvidar que las nuevas tecnologías vinculadas a internet están alterando profundamente la distribución de la música y el acceso a esta, ofreciendo distintas posibilidades de diversificación de los flujos creativos en este sector.

Sin embargo, en el fondo hay cuestiones de tipo político y condicionamientos económicos, puesto que la diversidad cultural por su naturaleza es un área de actuación política multifacética, enraizada en múltiples realidades y con preeminencias cambiantes, que se vinculan de forma dispar en los distintos niveles territoriales nacional, regional e internacional, abrazando asuntos tan amplios que inclusive desborda el tema central de interés del presente trabajo de investigación.

*Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales*²⁰⁵

En este documento se encuentra un conjunto de conceptos fundamentales, que sin lugar a dudas constituyen el punto de partida para la reconfiguración de la noción de cultura hoy manejada.

El objetivo fundamental de la Convención es reforzar los cinco eslabones inseparables de una misma cadena: la creación, la producción, la distribución / diseminación, el acceso y el disfrute de las expresiones contenidas en las actividades culturales, los bienes y los servicios.

Si bien las personas, las comunidades y los pueblos tienen derecho a que se respete su diversidad cultural, la consecuencia lógica es que hay que arbitrar fórmulas para que esto pueda hacerse realidad, y para ello es necesario legislar en este sentido, conceder estímulos para que las diferentes culturas puedan subsistir y desarrollarse y protegerlas de las agresiones de una concepción demasiado economicista de los productos y servicios culturales, al ser considerados como cualquier otra mercancía.

Debe quedar en claro que los bienes y servicios culturales por su naturaleza no son una mercancía sujeta exclusivamente a las leyes del mercado, y por el contrario deben estar excluidos de las reglas de liberalización de

205 La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, conocida también como Convención para la Diversidad Cultural, es un convenio de la UNESCO de carácter vinculante adoptado por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de octubre de 2005. El 8 de noviembre de 2006, Ecuador depositó ante el Director General su instrumento de adhesión a la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. (Nota del autor)

la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC)²⁰⁶ al igual que, por ejemplo, los temas de salud pública.

En su momento, el debate sobre la coexistencia entre la diversidad cultural y las dinámicas homogeneizadoras de la globalización cobró relevancia en el plano internacional. Al abordar el lugar de los productos culturales en los acuerdos internacionales de carácter comercial, destacándose claramente dos visiones distintas: la primera, de los EE. UU., que consideran las industrias culturales como productos de entretenimiento que bien podrían estar sometidos a las reglas del comercio internacional, y la segunda visión, defendida por países como Canadá, Francia y México que consideran a los productos culturales como bienes portadores de valores, ideas y sentidos, los cuales definen la identidad cultural de una colectividad, y siendo esenciales para el funcionamiento democrático deberían ser excluidos de los acuerdos internacionales de carácter comercial, a través de la llamada excepción cultural, por la cual los productos culturales, en especial el cine y la música, no deben ser tratados como simples objetos de transacción mercantil. Con otras palabras, que no estén sometidos a la liberalización de mercados que obliga a los Estados e instituciones a no subvencionar o proteger ciertos artículos con medidas que preserven su existencia y viabilidad ante competidores más fuertes y bien asentados.

Sin lugar a dudas, este debate es importante porque se está discutiendo, la relación cultura-comercio, a partir de un cuestionamiento cultural y no de una lógica utilitarista y comercial, en la cual se plantea también por primera ocasión el reconocimiento de la diversidad cultural como un principio autónomo,²⁰⁷ no menos legítimo que el principio de la libertad de comercio, lo cual constituye un significativo avance político que reafirma la aspiración general de que la globalización se vea regulada por reglas negociadas colectivamente, en lugar de un sometimiento global a las relaciones forzadas o a la ley del mercado.

Tras reiterados debates sobre la tesis de la excepción cultural, esta ha seguido paulatinamente siendo superada y sustituida por un modelo más amplio y consensual, en virtud de la defensa de la diversidad cultural,

206 La Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) fue establecida en 1995, sirve de foro para la negociación de acuerdos encaminados a reducir los obstáculos al comercio internacional y ofrece un marco jurídico e institucional para la aplicación y la vigilancia de esos acuerdos. No forma parte del sistema de las Naciones Unidas. (Nota del autor)

207 Con respecto a esto, CERLALC-UNESCO en el documento *OMC, Servicios culturales, excepción y diversidad cultural 2000*, sostiene: que de la misma manera que la biodiversidad, es decir, la inmensa variedad de formas de vida desarrolladas durante millones de años es indispensable para la supervivencia de los ecosistemas naturales, los ecosistemas culturales compuestos por un complejo mosaico de culturas, necesitan de la diversidad para preservar su valioso patrimonio en beneficio de las generaciones futuras. (Nota del autor)

aunque en Europa dentro del marco de los acuerdos comerciales entre la Unión Europea y EE. UU., Francia y España han vuelto a plantear el tema de la excepción cultural, actualizando una vez más el debate.

En síntesis diremos que la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales es un instrumento internacional vinculante cuya mayor dificultad ha sido pretender humanizar la globalización, al constituirse en una plataforma innovadora para la cooperación cultural internacional, que promoviendo políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, ha sido capaz de reconocer la doble naturaleza, económica y simbólica, de las actividades, bienes y servicios culturales, lo que en la práctica constituye un razonable contrapeso, aunque no suficiente a los acuerdos comerciales que se manejan desde una lógica puramente utilitarista.

Hay que destacar que no se trata simplemente de una convención sobre la diversidad multicultural y lingüística, como comúnmente se cree, tampoco constituye una barrera para la circulación de bienes y servicios culturales extranjeros.

La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales tiene profunda relación con la libertad de creación y expresión cultural, como queda expresado en su art. 4 cuando dice que la diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad, mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados.

Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales

Hasta el momento no existe de manera puntual una declaración de derechos culturales o algún documento aprobado por la Naciones Unidas o algún sistema regional de protección de los derechos humanos, en el cual se hayan sistematizado estos derechos, lo que sí se tiene es aquellos instrumentos internacionales, que como ya se ha analizado en párrafos anteriores promueven el respeto y la protección de la diversidad y de la integridad cultural.

En el año de 1991, y tomando como referencia el artículo “Derechos culturales: Una categoría descuidada de derechos humanos”²⁰⁸ escrito por Janusz Symonides se realiza un seminario en la Universidad de Friburgo,

208 El artículo está disponible en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2012/09/120919.pdf>.

en este se plantea que el problema de los derechos culturales tiene que ver con la circunstancia de que estos derechos son descuidados o subestimados en relación con los demás derechos humanos; por tanto se sugiere tomar contacto con la UNESCO para preparar un proyecto de declaración sobre los derechos culturales. El trabajo se lleva adelante por el llamado Grupo de Friburgo,²⁰⁹ integrado principalmente por personalidades comprometidas con la defensa de los derechos humanos.

El 7 de mayo de 2007, se presenta un documento que revela que los instrumentos existentes definen los derechos culturales de forma fragmentaria y que es indispensable un instrumento amplio y declaratorio para demostrar la naturaleza específica de los derechos culturales y la dimensión cultural de los derechos humanos en su conjunto; este documento es lo que conocemos como *Los derechos culturales. Declaración de Friburgo*, que si bien es hoy considerado la mejor síntesis y codificación de los derechos culturales, creemos que aún tiene ciertas problemas en su base conceptual y en su sistematización, por tanto tiene un carácter eminentemente académico.

Desde la visión del autor de este estudio, se considera que la Declaración de Friburgo tiene problemas en cuanto a su base conceptual, porque se abstiene de plantear una definición sobre derechos culturales, y en su lugar, más bien, se da a la tarea de definir temas como cultura, identidad cultural y comunidad cultural; y en cuanto a los problemas de sistematización, si bien reconoce que los derechos culturales están dispersos en un gran número de instrumentos de derechos humanos,²¹⁰ se limita a puntualizar unos y deja afuera otros, razón por la cual si bien se realiza un intento por estructurar y organizar la dispersión de derechos culturales existentes, en su alcance y extensión la Declaración de Friburgo, finalmente resulta insuficiente y fragmentaria.

209 El Grupo de Friburgo (Suiza) coincidiendo con los planteamientos de Januzs Symonides, afirmaba que los derechos culturales eran una “categoría subdesarrollada” de los derechos humanos, este grupo de expertos lanzó en 2007 una Declaración de Derechos Culturales, que fue uno de los esfuerzos más representativos del trabajo de la sociedad civil en este camino hacia su esclarecimiento. (Nota del autor)

210 Farida Shaheed, Experta independiente en la esfera de los derechos culturales de la ONU, en su informe presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2010 manifiesta: “En los instrumentos internacionales y en la práctica de los mecanismos de derechos humanos se encuentran muchas referencias explícitas e implícitas a los derechos culturales, tal como se ha señalado. Entre las referencias explícitas se incluyen derechos que se refieren expresamente a la cultura. Entre las referencias implícitas se incluyen derechos que, aunque no se refieren especialmente a la cultura, pueden constituir una importante base jurídica para la protección de los derechos culturales tal como se han definido”. (Nota del autor).

La Declaración de Friburgo señala que la responsabilidad respecto de los derechos culturales corresponde a los Estados, los actores públicos y a las organizaciones internacionales, de tal forma que los Estados deben hacerse responsables de integrar en sus legislaciones y prácticas nacionales los derechos culturales, que incluye respetar, proteger y satisfacer los derechos y libertades, en condiciones de igualdad, consagrando el máximo de recursos disponibles para asegurar su pleno ejercicio, y asegurar a toda persona que, individual o colectivamente, alegue la violación de derechos culturales, el acceso a recursos efectivos, en particular, jurisdiccionales; asimismo deberán reforzar los medios de cooperación internacional necesarios para esta puesta en práctica y en particular, intensificar su interacción en el seno de las organizaciones internacionales. Las organizaciones internacionales serán responsables de asegurar que los derechos culturales y la dimensión cultural de los derechos humanos sean tomados en consideración de manera sistemática, velando por su inserción coherente y progresiva en todos los instrumentos pertinentes y sus mecanismos de control, y contribuyendo al desarrollo de mecanismos comunes de evaluación y control transparentes y efectivos.

Podemos decir que si bien la Declaración de Friburgo es un primer documento que busca sistematizar los derechos culturales, evidencia que estos derechos son otra manifestación y exigencia de la dignidad humana.

En la esfera de la libertad de creación y expresión artística, la Declaración de Friburgo señala en su art. 5 que toda persona, individual y colectivamente tiene el derecho y la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios, sin embargo poco o nada se dice sobre el carácter reivindicativo de esta libertad cultural, cuya naturaleza da contenido a otros derechos culturales muchas veces inadvertidos como el derecho a cuestionar los parámetros existentes en torno a la sociedad, la política, la economía, el poder, la opresión y las injusticias, y el derecho a crear y reinventar continuamente a la cultura como proceso vivo, renovable y dinámico en beneficio de las generaciones presentes y futuras, lo que va a asegurar que los derechos humanos de todas las personas, pueblos y comunidades, en un proceso de adaptación continua, promuevan la capacidad de creación, innovación y expresión de la realidad desde aquel sueño que para muchos puede resultar utópico, el sueño de construir de un mundo mejor.

*La libertad de creación y expresión artística como parte del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad*²¹¹

La Observación General n.º 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, art. 15, párr. 1:

- a) Señala que el derecho a la participación en la vida cultural, está íntimamente relacionada con y el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora art. 15, párr. 3 del mismo PIDESC.

En el párr. 15, lit. c) de la referida Observación General n.º 21, se manifiesta que la contribución a la vida cultural se refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad, actividad en la que estaría sobrentendida la libertad de creación y expresión artística.

Finalmente, en el párr. 49, lits. b) y c) de forma explícita se hace referencia a la obligación de los Estados de respetar:

- b) La libertad de opinión, la libertad de expresión en el idioma o los idiomas que elija y el derecho a buscar, recibir y transmitir información e ideas de todo tipo e índole, *incluidas las formas artísticas*, sin consideración de ninguna clase de fronteras.

Ello entraña el derecho de toda persona a tener acceso a diversos intercambios de información y a participar en ellos, así como a tener acceso a los bienes y servicios culturales, entendidos como portadores de identidad, de valores y de sentido.²¹²

- c) *La libertad de creación*, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o un grupo, lo que implica que los Estados parte deben abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión (Énfasis añadido).

Decir que el derecho a participar en la vida cultural es un derecho humano, como lo son los derechos civiles y políticos, puede resultar exagerado para muchas personas, sin embargo el desarrollo de los derechos humanos en la actualidad a apostado por abandonar la visión esencialista de la noción de cultura, dando paso a una idea dinámica que reconoce a las

211 El art. 27, num. 1 de la DUDH, manifiesta: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten" (Nota del autor).

212 Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, párr. 8.

expresiones culturales como fluidas y cambiantes, capaces de relacionarse entre sí y vinculadas con las relaciones económicas y de poder.

La Observación General n.º 21 es muy útil para clarificar el contenido concreto de los derechos y las obligaciones estatales que de ellos derivan, pudiendo ser muy práctica para orientar el diseño de las políticas públicas culturales en múltiples ámbitos, que van desde la participación, los grupos vulnerables, por los bienes y servicios culturales, las artes vivas, la creación artística independiente, la interculturalidad, el espacio público, la sociedad civil, y por supuesto la libertad de creación y expresión artística.

La libertad de creación y expresión artística como parte de las libertades culturales

En esta sección nos referimos al conjunto de libertades que las personas ejercen en la esfera de lo cultural y que permiten ampliar las opciones individuales y colectivas, y no en preservar valores ni prácticas como un fin en sí mismo con una lealtad obsesiva hacia la tradición, con independencia de su respeto hacia la dignidad humana.

Referirse a las libertades culturales constituye un aspecto primordial del desarrollo humano y exige trascender las oportunidades sociales, políticas y económicas ya que estas, por sí solas, no garantizan la libertad humana en general.

Las libertades culturales se pueden valorar desde un enfoque que integre en su análisis, la posibilidad de atender las necesidades básicas y cuánto pesan las necesidades culturales en lo individual, lo propio en la dimensión colectiva, y la evaluación de la relación, en cuanto a los factores de convocatoria común con o sin ayuda del gobierno, y aquellas que se impulsan desde el Estado para fomentar los procesos de identidad nacional.

Las libertades culturales cada día toman mayor importancia, al punto que en el Informe Global para el Desarrollo Humano, del año 2004, del PNUD,²¹³ se consideró a las libertades culturales tan vitales para el desarrollo humano como lo son la democracia y las oportunidades económicas.

Dentro de estas libertades culturales, como es natural se encuentra la libertad de creación y expresión artística, pues el arte es capaz de construir y reconstruir la conciencia humana en su integridad: la unidad de puntos de vista y la psicología de la cosmovisión y la sensación del mundo, como

213 PNUD, *Informe sobre el desarrollo humano 2004*.

un modo de ampliación y enriquecimiento de la experiencia vital del hombre en el sentido dictado por los intereses de la sociedad.²¹⁴

Pero la libertad de creación y expresión artística no solamente se refiere al derecho de los artistas a crear y expresar su arte, sino que además comprende el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones.²¹⁵

La libertad de creación y expresión artística como bien jurídico tutelado por la propiedad intelectual

Una de las facetas que vale la pena analizar en el presente estudio, es aquella que relaciona a la creación y expresión artística, con los regímenes de propiedad intelectual.

La Convención Universal sobre Derechos de Autor de la UNESCO,²¹⁶ dice en su art. 1, que cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

Y del mismo modo, la Decisión 351 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comisión del acuerdo de Cartagena,²¹⁷ dispone en su art. 1, que las disposiciones de la presente decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

214 Marilys Marrero Fernández, "La libertad estético-artística en el marxismo", <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/mm/ libertad%20estetico%20artistica%20en%20el%20marxismo.htm>, consulta: 15 de octubre de 2013.

215 Ver apartado 85, Conclusiones y recomendaciones del "Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Shaheed, El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas", <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>, consulta: 15 de octubre de 2013.

216 Declaración anexa relativa al artículo XVII y resolución relativa al artículo XI, adoptado/a el 6 de septiembre de 1952 en Ginebra, y cuya entrada en vigor fue el 16 de septiembre de 1955.

217 Aprobada en el Sexagesimoprimer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, 17 de diciembre de 1993, Lima-Perú.

Los preceptos internacionales, antes señalados, sugieren una lectura en el sentido de que la única manera de que la libertad de creación y expresión artística pueda ser reconocida ente es a través de la tutela de los Derechos de Autor, y que por consiguiente con una adecuada garantía de los derechos que asisten a los creadores en cuanto a sus derechos morales y patrimoniales, se estaría haciendo efectiva de una forma práctica y objetiva el ejercicio digno de la libertad de creación y expresión artística.

Se considera que este argumento se enfoca solamente en un aspecto extremadamente reducido, en lo que tiene que ver con la complejidad del acto de creación y su exteriorización y divulgación, pues su enfoque es exclusivamente en la obra, lo cual y como ya se analizó en párrafos anteriores, es un resultado del proceso creativo, puesto que “es un criterio generalizado que el derecho de autor solo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra, pues las ideas no son obras y su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas”.²¹⁸

Además, reducir el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística a un simple discurso sobre derechos de autor, disfraza un hecho evidente.

Impulsadas por los intereses económicos presentes tras las nuevas tecnologías, las leyes que regulan los derechos relacionados con las obras creativas fueron evolucionando; no precisamente hacia una mayor protección al creador, ni para otorgar mayores derechos a quienes necesitan un mayor acceso, sino a favor de garantizar la obtención de ganancias de los inversionistas involucrados.²¹⁹

Evidentemente, la relación entre libertad de creación y expresión artística y derechos de autor plantea un problema teórico, en el sentido que habría que determinar si son dos cuestiones antagónicas o conexas, y si esta relación es conflictiva o complementaria. Parecería que la efectividad de la garantía de ejercicio de la libertad de creación y expresión artística depende de la funcionalidad de un régimen legal de protección de los derechos de autor; sin embargo, si no hay acto creativo y exteriorización de dicho acto, no habría obra, y al no haber obra artística, los derechos de autor tendrían que custodiar o preservarla.

218 Alfredo Vega Jaramillo, *Manual de Derecho de Autor* (Bogotá: Dirección Nacional de derecho de autor-Unidad administrativa especial / Ministerio del interior y de justicia, 2010), 16.

219 Lilian Álvarez Navarrete, *Derecho de ¿autor? El debate de hoy* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006), 34.

El Convenio de Berna²²⁰ para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en su art. 2, num. 1, señala que:

Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las *producciones* en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.²²¹ (Énfasis añadido)

El párrafo antes transcrito, evidencia que la protección de los derechos de autor recae sobre las *producciones*, y no sobre el ejercicio de un derecho de libertad, toda vez que los derechos de autor podrían llegar a constituir ciertos monopolios injustificables otorgados por la legislación gubernamental. No es sorprendente que —como apunta Palmer— “el privilegio monopolístico y la censura se encuentran en la raíz histórica de las patentes y los derechos de autor”.²²²

La libertad de creación y expresión artística como parte de la libertad de expresión general

La posición jurídica más común, y en la que quizás exista un acuerdo en la mayoría de las personas, considera que la libertad de creación y expresión artística, constituye una manifestación o una faceta más de la libertad de expresión en general.

El reconocimiento de la libertad de expresión tiene su origen en el principio de reconocimiento de la libertad de imprenta, recogido en la

220 El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, es un tratado internacional sobre la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas. Su primer texto fue firmado el 9 de septiembre de 1886, en Berna (Suiza). Ha sido completado y revisado en varias ocasiones, siendo enmendado por última vez, el 28 de septiembre de 1979. (Nota del autor).

221 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886, completado en París, el 4 de mayo de 1896; revisado en Berlín, el 13 de noviembre de 1908; completado en Berna, el 20 de marzo de 1914, revisado en Roma, el 2 de junio de 1928; en Bruselas, el 26 de junio de 1948; en Estocolmo, el 14 de julio de 1967; en París, el 24 de julio de 1971, y enmendado, el 28 de septiembre de 1979. (Nota del autor)

222 Stephan N. Kinsella, “Contra la propiedad intelectual”, *Journal de Estudios Libertarios* 15, n.º 2, (2001): 34-5.

Declaración de Derechos de Virginia de 1776, considerado uno de los *grandes baluartes de la libertad*; posteriormente, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su art. 11, va a señalar que:

Artículo 11.- La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre. Todo ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, salvo la obligación de responder del abuso de esta libertad en los casos fijados por la ley.²²³

Inicialmente, la libertad de expresión se asumió como un medio para al avance de las artes y las ciencias, según la visión de los ilustrados, sin embargo aparecería luego la idea del *mercado de ideas* en el pensamiento jurídico norteamericano tal y como expresa el famoso juez Oliver Wendell Holmes en *The Great Dissen*, considerado el voto salvado más importante en la historia de la Corte Suprema de los EE. UU., y que plantea lo siguiente:

La persecución por la expresión de una opinión me parece perfectamente lógica. Si no existe duda acerca de tus premisas o de tu poder y quieres un resultado determinado con todo tu corazón, es natural que expreses todos tus deseos en la ley y elimines toda oposición [...]. Pero cuando los hombres reconocen que el tiempo ha debilitado ideas contrapuestas, ellos pueden llegar a creer aún más que los fundamentos de su propia conducta, que el deseado bien común se alcanza de mejor manera a través del libre intercambio de ideas, que la mejor prueba de veracidad de una idea es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competición del mercado de ideas [...].²²⁴

Sin embargo, con la llegada de la DUDH, de 1948, la libertad de expresión sería elevada al rango de un derecho de reconocimiento internacional, pues según el art. 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El pacto relativo de derechos civiles y políticos, de la ONU, reconoció la libertad artística como componente de la libertad de expresión en su art. 19, num. 2, que manifiesta que toda persona tiene derecho a la libertad 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.

223 Asamblea Nacional del pueblo francés de 1789, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, <http://www.profesorenlinea.cl/universalhistoria/RevFraDchosH.htm>, consulta: 20 de mayo de 2015.

224 Corte Suprema de EE. UU., caso *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

La CADH de 1969, a nivel regional reafirma este criterio cuando en su art. 13, num. 1 señala que 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 consideraciones de fronteras, *ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística*, o por cualquier otro procedimiento de su elección y gusto.

Y justamente la incorporación de la expresión artística, hace que esta sea entendida como parte de la libertad de expresión en general, cuestión que, por ejemplo, se da por sobrentendida en el Principio 1 de la Declaración de Principios sobre libertad de Expresión de la OEA.

La libertad de expresión, en el ámbito del SIDH, se concibe como un derecho fundamental de la persona, que antecede incluso al Estado; es decir, se lo ha caracterizado como un atributo de las personas consustancial con su naturaleza humana, que no es creado ni otorgado por el Estado. Esta idea se encuentra en el propio preámbulo de la Convención al señalar que se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

La Corte IDH en su opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, señala que la libertad de expresión no solo consiste en un derecho individual que obliga a que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, sino que también implica “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.²²⁵

En la práctica, son las expresiones políticas las que obtienen el mayor grado de protección, y en cuanto a las expresiones de tipo artístico, suelen recibir una menor protección, lo que conlleva a que ante este tipo de expresiones del pensamiento y la creatividad, existiría un mayor espacio para que se den interferencias, restricciones censuras e intromisiones.

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades de comunicación entre las personas, y que esta libertad cubre una gran cantidad de modalidades expresivas, tanto desde el punto de vista formal como de contenidos; sin embargo, algunos modos específicos de expresarse han sido objeto de atención explícita por los instrumentos y organismos del SIDH

225 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 30. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica, La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH) 13 de noviembre de 1985. (Nota del autor)

Por el contenido expansivo y dinámico de esta libertad, pueden identificarse los diversos tipos de expresión como formas claramente protegidas por el art. IV de la Declaración Americana y el art. 13 de la CADH, entre los que destaca la expresión simbólica o artística en cualquier forma que esta se manifieste, y que es de interés principal para nuestro trabajo; sin embargo no se trata de una libertad absoluta, pues ciertos discursos prohibidos por los tratados internacionales no están protegidos por la libertad de expresión, relacionados a contenidos particularmente violentos y gravemente violatorios de los derechos humanos, tales como aquellos sobre apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio y pornografía infantil. Un caso paradigmático que incorpora la libertad de creación y expresión artística a la libertad de expresión en general, es el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, cuya sentencia emitida el 5 de febrero de 2001 por la Corte IDH en contra de Chile, permitió la exhibición de la película intitolada *La última tentación de Cristo* en las salas de cine y ordenó la modificación del texto constitucional que establecía un sistema de censura.²²⁶

La película, al igual que la novela, plantea en su argumento la hipotética vida de Jesús, en caso de no haber aceptado ser el Mesías de Dios, razón por la cual la película fue prohibida o censurada durante años en Turquía, México, Chile y Argentina. En Chile se prohibió su exhibición hasta el pronunciamiento de la Corte IDH, sin embargo, hasta el año 2010, el filme seguía siendo censurado en Filipinas y Singapur.

Para el presente estudio, son de interés las consideraciones de la Corte IDH, sobre libertad de expresión artística, párr. 61, lit. c): el deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información de todo tipo se extiende a “la circulación de información y a la exhibición de obras artísticas que puedan no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado.”²²⁷ (Énfasis añadido)

Evidentemente, la protección que se hace a la obra artística, se la realiza al amparo de la libertad de expresión en general, ratificándose por medio de la jurisprudencia interamericana el postulado que se analiza. El carácter artístico especial de la obra está reconocido en la misma sentencia, cuando en el párr. 77 expresa textualmente: Comisión de Derechos

226 *La última tentación de Cristo* es una obra cinematográfica dirigida por el estadounidense Martin Scorsese, que fue una adaptación de la novela homónima de autoría del reconocido escritor, poeta y filósofo griego Nikos Kazantzakis. (Nota del autor)

227 Corte IDH, caso “*La última tentación de Cristo*”, *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Humanos considera que la referida película, “es a su juicio una obra de arte”.²²⁸

Igual que, en el caso Muller vs. Suiza, el TEDH se expresó en esta misma línea:

Es indudable que el artículo 10 no especifica que la libertad de expresión artística controvertida se incluya en su ámbito de aplicación; pero no distingue entre las diversas formas de expresión. Como los comparecientes reconocen, comprende la libertad de expresión artística, especialmente, en la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas que permite participar en el público intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier naturaleza. Si fuera necesario, confirmaría el acierto de esta interpretación el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 10, puesto que las actividades de las “empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión” entran en el ámbito artístico. Por su parte, el artículo 19.2 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, *que incluye expresamente dentro de la libertad de expresión las informaciones e ideas “de forma artística”, demuestra que dicho concepto de libertad es lo suficientemente amplio para abarcar la expresión artística.*²²⁹ (Énfasis añadido)

En la experiencia europea, los jueces aplican reiteradamente el art. 10 del CEDH para incluir la libertad artística en la libertad de expresión, al considerar que las obras del espíritu pueden permitir al creador expresar sus ideas, a pesar de que este instrumento internacional no hace una referencia explícita a la libertad de creación y expresión artística, como se puede apreciar en varios casos tales como Vereinigung Bildender Künstler contra Austria, con sentencia de 25 de enero de 2007, en el que se considera “el artista y aquellos que promueven sus obras no escapan de las posibilidades de limitación prevista en el segundo párrafo del art.”,²³⁰ refiriéndose a la libertad de expresión en general, y otros tales como Wingrove vs. Reino Unido, 25 de noviembre de 1996, que hace relación al video *Visiones de Éxtasis* en el cual se realiza cierta interpretación artística con elementos eróticos sobre Santa Teresa de Ávila y a sus visiones de Jesucristo, el caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria, con sentencia de 20 septiembre 1994, sobre la película *Das Liebeskonzil* (El concilio del amor) del director Werner Schroeter, caso I. A. vs. Turquía, resuelto en septiembre de 2005, sobre una novela intitulada *Las frases prohibidas* en la que se hacía de manera novelesca ciertos cuestionamientos al Islam etc., en las cuales se puede observar como existe una línea jurisprudencial en este sentido.

228 Ibíd.

229 TEDH, Estrasburgo, sentencia de 24 mayo 1988 (TEDH 1988\8) Demanda n.º 10737/1984.

230 TEDH, 25 de enero de 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, n.º 68354/01, §26.

Este tratamiento que se le da a la libertad de creación y expresión artística, propone que esta libertad cultural está incorporada a la libertad de expresión en general como una especie de subcategoría, lo cual evidentemente es una postura bastante cómoda en un ambiente como el cultural, en el que la manipulación y el conflicto, están siempre presentes.

Al anexionar la libertad de creación y expresión artística a la libertad de expresión en general se está haciendo una maniobra de dominación, pues se encierra, reprime y mutila todo su potencial libertario, inmolando la expresión creativa más directa e inmediata que usa el arte como herramienta de evolución y emancipación.

La libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo y complejo

Si bien se ha podido identificar varias perspectivas desde las cuales, se trata de entender y fundamentar el derecho a la creación y expresión artística, no se puede dejar de señalar que son dos las corrientes que doctrinariamente antagonizan en su intento de tratar de dilucidar la naturaleza de la libertad de creación y expresión artística.

La primera que la considera un subgénero de la libertad de expresión, como lo entiende Tomas Vial Solar,²³¹ posición que coincide con lo preceptuado en el art. 7 de la Declaración de Friburgo, cuando manifiesta: “En el marco general del derecho a la libertad de expresión, que incluye la expresión artística [...]”.

Una segunda postura que ve a la libertad de creación y expresión artística, como parte del derecho a participar en la vida cultural, en función de la Observación General n.º 21, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, pues al hablar sobre la contribución a la vida cultural, se refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad.

No compartimos con ninguna de las posturas antes señaladas, pues si consideramos que la libertad de creación y expresión artística es una libertad cultural de carácter complejo, integrada por dos elementos fundamentales: el crear arte y el expresar artísticamente, consideramos entonces que el primer supuesto fracasa, pues la creación artística definitivamente no está

231 Tomás Vial Solar, “El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución”, <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/derecho-a-libertad-de-creacion.pdf>, consulta: 9 de julio de 2013.

inmersa en la libertad de expresión; puesto que la libertad de expresión no contempla el componente creación, y no se puede artificialmente pretender que “crear” y “expresar” signifiquen lo mismo, o que la facultad de expresión del ser humano asimile a la creación artística, que es fenómeno distinto, pues inclusive un autor se puede crear y jamás mostrar su obra.

Los vocablos crear y expresar no son sinónimos, así pues según el *Diccionario de la lengua española*, crear significa “producir algo de la nada, establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado, en tanto que expresar significa manifestar con palabras, miradas o gestos lo que se quiere dar a entender, dicho de un artista, darse a entender por medio de la palabra”.²³²

El razonamiento va mucho más allá, pues no estamos hablando de cualquier forma de expresión nos referimos a una *expresión cultural* que según el art. 4, num. 3, de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO constituyen “expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades que poseen un contenido cultural”,²³³ lo que evidencia que lo que se expresa es lo que se crea, y por tanto, el principio no puede ser de ninguna manera parte de lo ulterior que en este caso es el expresar.

En cuanto a la segunda hipótesis, la propia recomendación general 21 en su párr. 2 separa el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la libertad de creación, cuando textualmente señala que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural se encuentra íntimamente relacionado con “el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora”.²³⁴

Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000,²³⁵ señala en el art. 13 que las artes y la investigación científica son libres, lo que significa que se trata de libertades públicas que aparecen en un apartado distinto al de la libertad de expresión en general, que está garantizado en el art. 11 de la referida Carta de Derechos,

232 Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario*.

233 La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, puede leerse en <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>, consulta: 6 de julio de 2013.

234 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Ginebra, Observación General n.º 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del PIDESC, 2009.

235 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa. (Nota del autor)

de modo que se hace un reconociendo del carácter autónomo de la libertad de creación y de expresión artística, aunque en la práctica y como se ha podido analizar en el apartado anterior, suele acceder al estatuto de derecho justiciable a través de la tutela de la libertad de expresión general. Sin embargo, el hecho de incorporar la libertad de las artes como un derecho fundamental en un instrumento de esta importancia, constituye una reafirmación de nuestra postura.

La Constitución española en su art. 20 hace lo mismo, y separa en cuatro literales a la libertad de expresión: la producción y creación literaria; artística, científica y técnica; la libertad de cátedra y el comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; si bien todas estas libertades están dentro de un mismo precepto normativo, metodológicamente y de manera prolija se separa la libertad de creación y expresión artística de la libertad de expresión en general, evidenciando su autonomía.

La libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo, se expresa a través del acto creativo, cuya exteriorización constituye un ámbito sumamente extenso, ya que se refiere productos literarios, obras escénicas, arte pictórico, música, e inclusive incorpora a afiches, televisión, videos musicales, caricaturas, y porque no decirlo toda la gama de producciones estéticas que el impulso creativo pueda imaginar en la dimensión de la auto actividad humana.

El principio 3 de la Recomendación Relativa a la Condición del Artista²³⁶ de 27 de octubre de 1980, manifiesta lo siguiente:

Los Estados miembros, reconociendo el papel esencial que desempeña el arte en la vida y el desarrollo del ser humano y de la sociedad, tienen el deber de proteger, defender y ayudar a los artistas y a su libertad de creación. Con ese fin, deberían hacer lo necesario para estimular la creatividad artística y la manifestación de talentos, en particular, adoptando medidas encaminadas a asegurar la libertad al artista, que de otro modo no podría cumplir su misión fundamental, y a fortalecer su condición, mediante el reconocimiento de su derecho a gozar del fruto de su trabajo; deberían esforzarse, con todas las medidas apropiadas, por aumentar la participación del artista en las decisiones relativas a la calidad de la vida; demostrar y confirmar, por todos los medios a su alcance, que las actividades artísticas tienen que desempeñar un papel en el esfuerzo de desarrollo global de las naciones para forjar una sociedad más humana y más justa y para lograr una vida en común pacífica y espiritualmente rica.

236 La Recomendación Relativa a la condición del artista, fue aprobada en la 21. reunión, de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en Belgrado del 23 de septiembre al 28 de octubre de 1980. (Nota del autor)

Y luego el principio n.º 6 se refiere a la libertad de expresión y comunicación como la condición esencial de toda actividad artística, para lo cual los Estados miembros deberían procurar que los artistas gocen sin equívoco de la protección prevista en la materia por la legislación internacional y nacional relativa a los derechos humanos.

Podríamos por tanto colegir, que la UNESCO también considera que existe una diferencia entre la libertad artística que integra creación y expresión de su obra, de la libertad de expresión en general. Ratificando el hecho de que la libertad de creación y expresión artística, sin dejar de pertenecer al ámbito de las libertades culturales, constituye un derecho autónomo.

El Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artística, en sus conclusiones y recomendaciones inicia diciendo: "Toda persona goza del derecho a la libertad de expresión y creación artísticas, que incluye el derecho a apreciar libremente las expresiones y creaciones artísticas y contribuir a ellas con libertad, mediante la práctica individual o conjunta, a tener acceso a las artes y disfrutar de ellas y a difundir sus expresiones y creaciones".²³⁷

Además, se considera que existen algunos problemas relacionados con la garantía de ejercicio de esta libertad cultural, que no se pueden resolver desde las perspectivas reduccionistas, como aquella que pretende aplicar de manera simple los estándares de la libertad de expresión general, provocando que esta libertad cultural sea deficientemente guardada.

El arte maneja elementos subjetivos, metafóricos, ficticios, alegóricos, por lo tanto, resulta muy difícil pretender acotar la imaginación humana, y subordinarlo a unos estándares concebidos para un derecho a la libertad de expresión cuya naturaleza es insuficiente para tutelar cuestiones relacionadas a la libertad de crear y expresar el arte.

Para ilustrar mejor este punto, podemos referir brevemente el caso de la obra del escultor madrileño Eugenio Merino, quien exhibió una escultura hiperrealista del dictador Francisco Franco encerrado en un frigorífico de Coca Cola, en el acto cultural de Arte Contemporáneo ARCO2012, ante lo cual la Fundación Francisco Franco demandó al artista al considerar que se mostraba a dicho personaje en estado indigno, y por tanto atentando contra su honor.

En la sentencia que desestima la demanda formulada en contra del artista, la jueza de la causa, Rocío Nieto Centeno, consideró acertado el argumento que del presente apartado, que señala lo siguiente:

²³⁷ Shaheed, "El derecho a la libertad", 14 de marzo de 2013, http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/El_derecho_a_la_libertad_de_expresion_y_creacion_artisticas.pdf, consulta: 8 de julio de 2013.

Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación artística da nacimiento a una nueva realidad, que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulta posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de relevancia pública de los personajes o hechos narrados o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además, hay que tener en cuenta que la creación artística tiene una proyección artística derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como no a reconocer implícitamente la STC 153/1985 de 7 de noviembre, FJ5. De allí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra aisladamente considerada, sino también a su difusión.²³⁸

Lo que significa que el manejo del lenguaje artístico, hace muy difícil que una la expresión de la creación pueda tutelarse solamente desde la perspectiva general de la libertad de expresión, dejando a un lado esta característica determinante, pues finalmente el arte es en sí mismo un lenguaje:

Desde una mirada actualizada podemos considerar al arte como un lenguaje, plasmado en el objeto de arte. El objeto de arte presenta un proceso de elaboración o conformación de un objeto material que, de acuerdo a la forma que recibe, expresa y comunica el contenido espiritual de manera objetiva. El hombre por medio del objeto de arte satisface sus necesidades estéticas de conocimiento, manifiesta su ideología, su subjetividad, su visión de la realidad[...]. En este sentido se puede considerar al arte como un medio específico de conocimiento, ya que nos permite conocer, analizar e interpretar, producciones estéticamente comunicables mediante los diferentes lenguajes simbólicos[...].²³⁹

Por consiguiente, y como ya se ha analizado, las formas de comunicación artísticas son peculiares, como también los procesos de creación, de modo que las pautas que orientan la garantía al derecho de libertad de expresión en general, resultan insuficientes en la esfera de la libertad de creación y expresión artística, por sus componentes simbólicos, abstractos, provocadores, irreales y hasta inconcebibles, son de tal complejidad, que se requiere de otras herramientas de análisis muy distintas a aquellas que comúnmente se manejan desde el quehacer puramente jurídico.

Hay que señalar que la intención de reducir a la libertad de creación y expresión artística a una ínfima manifestación de la libertad de expresión

238 Juzgado de primera instancia n.º 26 de Madrid, Juicio Ordinario 483/2012, sentencia 150/13, 15 de julio de 2013.

239 Ros Nora, "El lenguaje artístico, la educación y la creación", *Revista Iberoamericana*, OEI para la educación y la cultura (2004), 1-2, <http://www.rieoei.org/deloslectores/677Ros107.PDF>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

general no es otra cosa sino una estrategia para someter a los artistas, su obra y su libertad bajo el peso del poder a través de mecanismos jurídicos de control de la creación, el lenguaje y la expresión artística.

Para los poderes oficiales y fácticos no hay nada más peligroso que el arte, porque es ante todo emancipatorio, y constantemente se está enfrentando al totalitarismo del mercado absoluto y omnisciente, y al autoritarismo del Estado despótico, porque la creación artística y su libre expresión dan contenido a las prácticas libertarias.

Atar la justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística, a los patrones de la libertad de expresión en general, significa hacer creer que es un derecho de libertad que está debidamente garantizado, cuando la realidad nos presenta experiencias muy diferentes, de modo que todo queda en un utópico deber ser, que choca con la concentración en las manos de organismos, corporaciones y agencias estatales, privadas y transnacionales.

Subyugar a los creadores, controlar el contenido de la obra artística, imponer estrategias intimidatorias, desfigurar una libertad cultural, obedece a las pretensiones de dominación en todos los órdenes de la vida individual y social.

Para reprimir la creación y expresión artística, la mejor maniobra es desvirtuar su autonomía, de ese modo los espíritus libres son atados, el acto creativo se invisibiliza, y finalmente, la atención en los casos concretos se concentra únicamente en lo que se expresa, pero no en lo que se crea.

De este modo, los mecanismos de dominio social se aplican también para el arte, y las fórmulas de control aplicables para medios de comunicación y profesionales de la comunicación, se impone al arte a intelectuales, creadores y artistas, de ese modo la trampa queda consumada, y el derecho a la libertad de creación y expresión artística queda extraviada en los laberintos del discrecionalismo judicial.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística no refuerza el discurso políticamente correcto, sino por el contrario promueve una práctica de acciones políticas, sociales y culturales que inclusive muchas veces van a resultar incorrectas e incómodas para el *statu quo*.

El derecho nunca podrá regular la imaginación ni coartar la vocación libertaria del arte, por eso simplemente a los Estados e inclusive a los diplomáticos y a las burocracias internacionales, que tienen secuestrados a los derechos humanos justamente no les conviene fomentar la libertad de creación y expresión artística.

El ejercicio del arte en libertad es transgresor por naturaleza, cuestionador por vocación y supremamente revolucionario por su capacidad de proponer una visión alternativa del mundo, por hacer que la gente piense,

por romper las cadenas de la realidad normativa modelada por el derecho, que “construye la estructura jerárquica y se sitúa como el elemento divino, el motor inmóvil de la cultura”.²⁴⁰

De este modo no solo destacamos la procedencia y naturaleza de la libertad de creación y expresión artística, sino que se ha analizado su configuración jurídica en el DIDH, considerando los debates que en la hora presente se están realizando alrededor de esta temática, sin dejar de proponer una lectura distinta con el propósito de enriquecer el debate, y contribuir a fortalecer una teoría coherente a esta libertad cultural, que por su singularidad y a pesar de su reconocimiento normativo parcial, todavía se revela como un derecho emergente.²⁴¹

Esta aproximación inicial es imprescindible, pues al estudiar la libertad de creación y expresión artística, encontramos varias inconsistencias teóricas que se presentan como fisuras epistemológicas y vacíos de conocimientos jurídicos, lo que nos motiva a plantearnos la necesidad de hacer una interpretación nueva del fenómeno estudiado, ante la simplicidad de los argumentos existentes, lo que significa una búsqueda de innovación teórica, concreción y sistematización de una teoría en función de las relaciones, contradicciones y regularidades, propias del objeto de estudio; considerando que el “el derecho y su estudio deben ser entendidos como un esfuerzo por construir puentes de convergencia entre proyectos intelectuales, comunidades interpretativas, disciplinas que estudian diferentes ámbitos jurídicos y entre estas disciplinas y los saberes locales”.²⁴²

240 Sanín Restrepo, *Teoría crítica constitucional*, 108.

241 “Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones de nuevos derechos y de derechos parcialmente reconocidos. Derechos recogidos en la normativa internacional y nacional vigente a los que se ha dado nuevas interpretaciones o se han añadido nuevos contenidos.” Ver: Derechos Humanos emergentes, en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/oct09/dhe.pdf>, consulta: 18 de julio de 2017. (Nota del autor)

242 Claudia Storini, *El sentir de los saberes jurídicos: Una alternativa a la homogeneidad científica del derecho*, conferencia impartida el 14 de julio de 2017 en el marco del Seminario Constitucionalismo y Nuevos saberes jurídicos, realizado en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar. (Nota del autor)

Capítulo 2

LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

En el presente apartado estudiaremos a la libertad de expresión y creación artística, en la dinámica del constitucionalismo ecuatoriano reciente, estrenado con la aprobación de la Constitución ecuatoriana del año 2008. Hay que señalar que el neoconstitucionalismo surgió como teoría estructurada y definida después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, para identificar el fenómeno ocurrido en Latinoamérica con la adopción de los textos constitucionales de Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en el 2009 emplearemos la denominación de *nuevo constitucionalismo*, atendiendo el planteamiento teórico de los académicos Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau.

Se hace necesario destacar la presencia del componente cultural manifestado en forma expresa en la Constitución ecuatoriana, con preceptos que van desde cuestiones tales como la creatividad, la libertad artística, la interculturalidad, la concepción antropológica de cultura, la garantía del pleno ejercicio de los derechos culturales, la protección del patrimonio material inmaterial y lingüístico, el diálogo de saberes, la promoción de las expresiones culturales, entre otros; lo que revela un momento en que aparentemente se daría inicio a una nueva relación entre el Estado y la cultura.

Rudolf Rockeren su libro *Nacionalismo y cultura* (1936)²⁴³ afirma acertadamente, que el poder del Estado no podría existir sin la cultura, por ello es posible destacar que la Constitución de un Estado, no es otra cosa más que un fenómeno cultural; del mismo modo, el constitucionalista alemán Peter Häberle propuso una teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, considerando que el texto constitucional solamente se vuelve efectivo cuando está en consonancia intelectual, espiritual, afectiva y existencial con esa voluntad de Constitución que expresa una cultura constitucional.²⁴⁴

243 Ver http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/nacionalismo/indice.html, consulta: 16 de julio de 2012.

244 Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro (Ciudad de México: UNAM, 2003), 1-44.

Cuando la Constitución se ocupa de la libertad religiosa, de la propiedad intelectual, de la comunicación, de la interculturalidad, de los derechos lingüísticos, de los saberes ancestrales, arte, educación etc., se está ocupando de bienes culturales, y más aún cuando recoge y tutela derechos culturales, pues al ser la cultura no solamente una de las dimensiones fundamentales de la vida social, sino la máxima expresión de la organización político-jurídica del Estado, de ninguna manera puede quedar fuera del texto constitucional.

Según la teoría general del Estados, se consideran como elementos fundamentales al pueblo, el poder y el territorio, una triada que al sustentar la teoría de los elementos del Estado carece de sentido si no tomamos en consideración al elemento cultura, toda vez que tal y como le hemos venido explicando, la Constitución es una exteriorización de ciertos valores culturales de un pueblo, y como bien lo destaca Häberle, la cultura será el cuarto elemento del Estado, y justamente aquel que dota de contenido a los demás, puesto que el pueblo como suma de seres humanos organizados bajo los preceptos del derecho es una realidad, no obstante, el fenómeno de la existencia de una diversidad de pueblos en el mundo e inclusive en el seno de los propios Estados, claramente nos está indicando que la naturaleza del elemento pueblo es eminentemente cultural.²⁴⁵

Doctrinariamente se habla de la Constitución económica²⁴⁶ para referirse a aquel conjunto de preceptos constitucionales que sirven de marco para desenvolverse en la vida económica de un Estado, también podemos hablar de una Constitución cultural que “se refiere a la consagración de los derechos culturales en aquel nivel normativo, a la vez que a la normatividad constitucional de valores, principios y reglas que orientan la acción en este ámbito específico [...] la Constitución cultural denota la tutela efectiva de los derechos culturales a través de diversos instrumentos de control constitucional y legal”.²⁴⁷

En consecuencia, podemos hablar de una Constitución cultural si en la norma suprema están consagrados derechos y libertades culturales y si es efectiva su protección por parte del Estado puesto que,

el principio de garantía de la persona y sus diversas especificaciones, encuentra su fundamento en una serie de opciones en las que se acepta un

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ Amplia información sobre el tema en Germán Bidart Campos, “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional Argentino)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 6 (2002).

²⁴⁷ Raúl Ávila, “Derecho constitucional cultural iberoamericano”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/341/3.pdf>, consulta: 12 de octubre de 2011.

determinado modelo de cultura —y un consiguiente rechazo de otros modelos contrapuestos—. Parece oportuno integrar toda esta temática bajo la noción común de Constitución cultural, destacando bajo esta rúbrica una dimensión distinta de la definida como Constitución económica, por más que los nexos e interferencias entre una y otra problemática no sean en modo alguno infrecuentes.²⁴⁸

Una Constitución cultural va a concretar si bien no un Estado cultural,²⁴⁹ al menos un modelo cultural de sociedad, conformada “en estrecha relación con los modos de producción, la organización de mercado, la estructura sociopolítica y jurídica, y esencialmente el sistema de valores simbólicos vigente en la misma”,²⁵⁰ el cual debe atender determinadas cuestiones, en la realización y concreción de sus funciones culturales, entre las que podemos señalar el garantizar el acceso a la cultura a los ciudadanos y ciudadanas, la organización eficiente y adecuada de servicios públicos culturales, y fundamentalmente la tutela de los derechos y libertades culturales, cuya simple enunciación no garantiza efectivamente la realización de los mismos.

De este modo, podemos darnos cuenta que la Constitución a más de referirse a aquellos sectores de la cultura en sentido estricto, como la ciencia y el arte, la educación, la política cultural, el patrimonio cultural, etc., en un sentido amplio da contenido a aquellos elementos económicos, políticos, ideológicos, e históricos de los pueblos, pues la cultura abarca todo cuanto tiene significado espiritual en sus dimensiones individuales y colectivas, todo lo que tiene que ver con creación y valoración humana, todo aquello que el hombre ha ido añadiendo a la naturaleza.

La cultura incluye las lenguas, los dialectos, las diferentes formas de comunicación, los usos y costumbres cotidianos, la religión, las creencias, las festividades, los símbolos comunitarios, las formas de aprehensión y trasmisión de conocimientos, las formas de cultivo de la tierra y las formas de producir bienes y servicios, las formas de organización política, las formas de intervenir en el medioambiente, la forma de organizarse en sociedad, y el ejercicio de sus libertades en especial la libertad de crear y expresar el arte; porque cultura significa humanidad.

248 Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho constitucional*, trad. J. Jiménez Campo, vol. I (Madrid: CEC, 1984), 193.

249 Marc Fumaroli escribió un polémico ensayo sobre el Estado cultural francés, demostrando la importancia de abordar esta categoría generalmente descuidada en el análisis jurídico y politológico. Ver Marc Fumaroli, *El Estado cultural* (Barcelona: Acanalado, 2007).

250 Ignacio Henares Cuellar, *Derechos culturales y sociedad moderna*. Reflexión histórica sobre el ‘Estado cultural’, Discurso de apertura Universidad de Granada, curso académico 2014-2015 (Granada: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2014), 9.

La Constitución —como es lógico— refleja las cosmovisiones, creencias, el *ethos*,²⁵¹ la biosofía²⁵² y los aspectos socioeconómicos, de la convivencia social, al tiempo que opera holísticamente como principio de organización, para la realización de los derechos y los deberes de las personas y las colectividades, armonizando sus comportamientos, con el fin de garantizar la vida como un todo, de tal modo que si no entendemos la cultura constitucional de la comunidad de donde se origina por ser en sí misma, una obra y un bien de cultura, la Constitución estaría vaciada de contenido; por tanto la cultura constitucional de un pueblo es la que da contenido a una Constitución.²⁵³

A partir de 2008 la libertad de creación y expresión artística es recogida en la Constitución ecuatoriana, evidenciando un significativo avance, en cuanto al reconocimiento de las diversas dimensiones de la dignidad humana.

El reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística como derecho constitucional

Si bien la libertad de creación y expresión artística es reconocida en primer lugar por el DIDH, es recogida por primera ocasión en la historia del constitucionalismo como un derecho constitucional en la Constitución portuguesa de 1976, la cual se considera que fue redactada con un notable acento en cuestiones progresistas, al punto que inclusive se hace referencia ya a los derechos y deberes culturales, manifestando en su art. 42:

“De la libertad de creación cultural

1. Será libre la creación intelectual, artística y científica.
2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor”.²⁵⁴

251 Para ampliar el tema recomendamos la lectura del libro Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas* (Barcelona: Gedisa, 2003). (Nota del autor)

252 Amplia información sobre el tema en el sitio web de The Biosophical Institute Inc. <http://biosophicalinstitute.tripod.com/>, consulta: 9 de mayo de 2016.

253 Amplia información en Peter Häberle, “La Constitución como cultura”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1975576.pdf>, consulta: 10 de mayo de 2016.

254 La actual Constitución de Portugal se encuentra en vigor desde 1976, dos años después de la Revolución del Clavel, que puso fin a la dictadura existente desde hace más de treinta años. Se ha modificado en varias ocasiones: 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y, finalmente, en 2005. El texto en español puede leerse en el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5452>, consulta: 4 de octubre de 2013.

Y si bien existe un largo período de tiempo en que las Constituciones nacionales descuidaron este tema, esta innovación constitucional, rompe con la perspectiva tradicional, que consideraba que la libertad de creación artística no debía ser enunciada expresamente, pues se la asumía como parte de la libertad de expresión en general, sin embargo fue el componente político y emancipatorio del arte en el ejercicio de este derecho, que reveló que una perspectiva tan generalista, no podía atender las especificidades y las complejidades propias de aquel.

Como quedó establecido en el capítulo anterior, el presente trabajo propone superar el desacierto que considera a la libertad de creación y expresión artística simplemente como una forma de ejercer la libertad de expresión en general, que se niega a reconocerla como un derecho autónomo sacrificando su rol en el sistema constitucional de derechos y despojándola además de toda su complejidad y riqueza.

En Chile, en el proceso de reforma constitucional del año 2001, se dio un interesante debate respecto a si la libertad de creación y expresión artística debía quedar sobreentendida en la libertad de expresión en general, o simplemente garantizada como parte de los derechos de propiedad intelectual, finalmente, el texto constitucional en su art. 19, num. 25, la recogió en forma autónoma: “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie [...]”.²⁵⁵

En cuanto a la libertad de creación y expresión artística en el caso ecuatoriano, durante la Asamblea Constituyente del año 2007-2008, el tema cultura estuvo muy presente, en los debates constituyentes, en especial, cuestiones tales como soberanía cultural, derechos culturales, identidad cultural e interculturalidad, que fueron analizados y sociabilizados, a lo largo del trabajo de redacción de un nuevo texto constitucional para Ecuador.

En este contexto resulta indispensable destacar que la incorporación de los derechos y libertades culturales y, particularmente, el de la libertad de creación y expresión artística a la norma constitucional ecuatoriana, es fruto de un fenómeno de recepción en nuestro constitucionalismo nacional, de aquellos principios del DIDH que mostraron un discurso vanguardista en favor de los derechos y las libertades culturales.

La recepción constitucional,²⁵⁶ es un fenómeno jurídico más o menos frecuente por el cual ciertos derechos o ciertas instituciones del derecho

255 El texto de la Constitución Política de la República de Chile. http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf, consulta: 3 de octubre de 2013.

256 Amplia información sobre el tema en Mireya Castañeda, *El derecho Internacional de los derechos humanos y su recepción nacional* (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012).

internacional, son recogidos e incorporados en los ordenamientos jurídicos internos, siendo mucho más común encontrar este tipo de situaciones en el constitucionalismo contemporáneo.

Una de las expresiones más evidentes de este fenómeno, se evidencia en el sistema de fuentes, y del lugar que en ella ocupan los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, y en muchos casos como en el ecuatoriano, y aplicación de los principios *pro homine*, *pro dignidad humana* y *pro libertatis*, que podrían llegar inclusive a ser aplicados de manera preferente, como dispone el segundo inciso del art. 426 de la CRE, que manifiesta que juezas, jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aun que las partes no las invoquen expresamente.

Consideramos que en la experiencia de recepción constitucional, que posibilita la introducción de aquellos derechos propios de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos en los ordenamientos internos, puede darse principalmente desde dos perspectivas:

- a) Desde una *perspectiva dualista*, por la cual se considera que el derecho internacional no se puede implantar directamente en los países, sin una previa adecuación o incorporación por parte del sistema interno, reconociendo una dicotomía entre ambos derechos, y haciéndose necesario un acto de voluntad política para plasmar en normas estos derechos tomados de la fuente internacional.
- b) Desde una *perspectiva monista*, que básicamente considera que los preceptos internacionales pueden ser utilizados por los países sin ninguna adaptación interna, para darle fuerza obligatoria al derecho internacional; de modo que si un tratado o instrumento internacional de derechos humanos ha sido suscrito y aprobado constitucional y legalmente, este entrará directamente a regir dentro del ordenamiento.

Ecuador se ha alineado a esta segunda posición, tal y como lo determina el art. 11, num. 3, pues dispone la aplicación directa e inmediata, tanto de los contemplados en la Constitución como de aquellos consagrados en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen a estos como derechos mínimos, es decir, cada Estado podrá ampliarlos en favor de sus ciudadanos, pero no podrá disminuirlos, restringirlos o reducirlos, y esta es la razón por la cual los Estados continúan

siendo los principales responsables de la protección de la dignidad de sus habitantes, aunque lamentablemente en muchos casos también el principal violador de tales derechos.

La recepción constitucional de los derechos humanos ha servido para acercar estos derechos mínimos, reconocidos internacionalmente a los ciudadanos de un Estado determinado, mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo para hacerlos más efectivos y eficaces, por ello una parte de la doctrina, considera que “los derechos fundamentales no son más que aquellos derechos humanos positivados”.²⁵⁷

La libertad de creación y expresión artística, recogida del DIDH, está incorporada, como parte de los derechos culturales en texto constitucional ecuatoriano, como uno de los avances más innovadores del actual constitucionalismo ecuatoriano.

En la presente investigación, pudimos establecer las fuentes sobre las que se construye la propuesta de incorporación de derechos y libertades culturales, que luego terminarían siendo normas constitucionales, pues al revisar los archivos de la Asamblea Constituyente encontramos que dicha iniciativa fue presentada a tres mesas de trabajo: Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, la de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, y la de Régimen de Desarrollo.²⁵⁸

En un informe de actividades del asesor de la asambleísta Tania Hermida, señor Pablo Mogovejo Jaramillo, remitido con fecha 25 de febrero de 2008 por la propia asambleísta al director de Recursos Humanos de la Asamblea Constituyente, señor Ángel Torres, se indica las fuentes que sirvieron de base para la redacción del articulado en temas de cultura; en este informe se detallan los tratados e instrumentos internacionales que sirvieron como base para la realización de este trabajo, con lo cual hemos podido establecer de manera confiable, que la incorporación los derechos y libertades culturales en la Constitución ecuatoriana, constituye el resultado de un fenómeno de recepción constitucional de normas internacionales de derechos humanos, para alcanzar la postulación de estos como derechos constitucionales.²⁵⁹

En el texto de la CRE de 2008, cuya lectura es compleja y debe leerse de forma transversal se encuentra que los temas sobre cultura se desarrollan en dos secciones, una inicial en cuanto a derechos, arts. 21 al 25; y una

257 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos: Estado de derecho y Constitución*, 10.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2010), 33.

258 Esta información puede verificarse en las Actas de la Asamblea Constituyente realizada en Montecristi. (Nota del autor)

259 Una copia del referido informe reposa en los archivos del autor.

segunda sección en el régimen del buen vivir arts. 377 al 380, incorporando por primera ocasión en el constitucionalismo ecuatoriano, la libertad de creación y expresión artística.

Aunque es posible identificar que la libertad de creación y expresión artística está garantizada en Ecuador, el constituyente hizo una redacción indirecta en la cual se habla del derecho a desarrollar la capacidad creativa, a difundir sus propias expresiones culturales; de la obligación del estado de promover la libre creación artística, que la rectoría del sistema nacional de cultura ejercerá sus potestades con respeto a la libertad de creación y expresión, que las creaciones artísticas son parte del patrimonio cultural, etc. Lo correcto habría sido garantizar de manera clara y sin eufemismos la libertad de creación y expresión artística.

La redacción cautelosa que se imprime en el texto constitucional, evidencia como el poder se cuidó en este tema, puesto que estaba plenamente consciente que el creador es capaz de construir *verdades artísticas*, las cuales poco a poco habrán de volverse emancipatorias, y en un proyecto diseñado para ejercer la dominación, la libre creación y expresión del arte, generan irremediamente certezas que van más allá del saber establecido y que animan a las personas a construir nuevos imaginarios con base en representaciones subjetivas que propician la participación en dichas aspiraciones libertarias.

Por ello entre los derechos de libertad contemplados en el art. 66 de la Constitución ecuatoriana, no encontramos expresamente determinada esta libertad cultural, razón por la cual fue necesario aclarar esta falta de precisión, incorporando en normas infraconstitucionales, es decir en la Ley Orgánica de Cultura en su art. 5, lit. e), la garantía de la libertad de creación, y en La Ley Orgánica de Comunicación en su art. 17 el derecho a la libertad de expresión y opinión de cualquier forma y por cualquier medio.

Más adelante, desde una reflexión teórica hermenéutica con sentido holístico, configuraremos la libertad de creación y expresión artística como derecho autónomo, que es la única forma que nos permitirá reivindicar su respeto y tutela.

Definición de la libertad de creación y expresión artística en la Constitución ecuatoriana

Como habíamos anticipado, en el texto constitucional ecuatoriano, no existe una definición sobre la libertad de creación y expresión artística, sin embargo, queda claro que se trata de aquel derecho de libertad que permite que las personas puedan crear arte y expresarse artísticamente en forma

absolutamente autónoma, independiente, sin intromisión, injerencia, vigilancia u obstáculo de ninguna naturaleza.

La Constitución vigente consagra y garantiza los llamados derechos de libertad, concepto de raíz eminentemente liberal, muy ligado a su vez, a la idea de *libertad jurídica*, la cual fue entendida por Kant, no en términos del permiso de hacer todo lo que uno quiera, siempre que no se cometa una injusticia contra otra persona, sino como la facultad de no obedecer ninguna ley externa más que a la que se haya consentido voluntariamente,²⁶⁰ y que en la hora presente entendemos como aquella facultad que tiene un ciudadano o ciudadana para ejercitar o no —según su libre criterio— sus necesidades o intereses, sus derechos, en el marco de lo que establece la Constitución y la ley; lo que denota que al acercarnos al concepto de libertad jurídica, a diferencia de la libertad individual nos encontramos con un ejercicio mucho más reducido, pues significa que la persona sometida a la normativa estatal, únicamente es libre de hacer aquello que no está prohibido, por esta razón, “el concepto de libertad jurídica puede ser explicado de dos maneras. Se lo puede presentar como una manifestación especial de un concepto más amplio de libertad, pero se puede basar también directamente en el concepto que para él es constitutivo, el de la *permisión jurídica*”.²⁶¹

En el texto constitucional ecuatoriano, los derechos de libertad agrupan las libertades públicas, civiles o ciudadanas, con los llamados tradicionalmente derechos civiles, de modo que se puede definir a los derechos de libertad como aquellos que permiten al individuo gozar de las libertades básicas para realizarse como persona autónoma, y que por su naturaleza no dependen exclusivamente del poder público para su ejercicio, por lo que el Estado deberá limitar sus actuaciones con el fin de no afectarlos e intervenir con el fin promoverlos y protegerlos; lo que significa que se puede diferenciar entre derechos de libertad negativos y derechos de libertad positivos:

Cuando se juntan estas tres posiciones, una libertad jurídica, un derecho a no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado.

Una protección positiva de una libertad frente al Estado surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva cuando se trata de cosas tales como la protección frente a terceros, mediante normas de derecho penal. Los problemas surgen con los derechos prestacionales, tales como subvenciones. Existe una coincidencia estructural en la medida en que, en ambos casos, de lo que se trata es que al titular del derecho le sea también

260 Inmanuel Kant, *Sobre la paz perpetua* (Madrid: Alianza, 2004).

261 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2004), 211.

fácticamente posible lo que le está permitido y, en ese sentido, es jurídicamente posible. Esta coincidencia estructural justifica, dejando a un lado el uso del lenguaje ordinario, llamar protección de la libertad a la vinculación de una libertad con un derecho a una prestación en sentido estricto, que posibilita el goce de los que está librado a su arbitrio.²⁶²

Los derechos de libertad están consagrados en los arts. 66, 67, 68, 69 y 70 de la Constitución, y aunque aparentemente no aparece ninguna libertad cultural incorporada en esta sección, en el art. 66, num. 24 encontramos el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, el mismo que ha sido definido en cuanto a su contenido normativo justamente como una *libertad cultural*:

El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra.²⁶³

Afirmar que únicamente *el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad* está garantizado como libertad cultural en el texto constitucional sería erróneo, puesto que la Constitución ecuatoriana debe entenderse en su integralidad y de forma sistemática, por tanto, resulta evidente que el referido derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, del art. 66, num. 24, está totalmente relacionado con el art. 377 del mismo cuerpo normativo, que dice: “El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales”, más aún si tomamos como orientación conceptual la Observación General n.º 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

Aplicando la misma visión integral al texto constitucional ecuatoriano, podemos destacar que a partir del art. 66, num. 24, es posible identificar con claridad el conjunto de libertades culturales, garantizadas constitucionalmente en Ecuador, y que se complementan con el principio de no

262 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 226-7.

263 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General n.º 21, derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del PIDESC, 2009. (Nota del autor)

exclusión de los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Al leer el art. 21 de la CRE de 2008, se encuentra que las personas tienen derecho a “difundir sus propias expresiones culturales y a tener acceso a expresiones culturales diversas”; es decir, a la libertad de expresión cultural dentro de la cual como es lógico se encuentra la libertad de expresión a través del arte. Este artículo tendrá además concordancia con el art. 16, num. 1, que señala que todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

El art. 22 continúa el trabajo de configuración cuando dice “que las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, y al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas [...]”; es decir, se reconoce el derecho a desarrollar la creatividad, lo cual únicamente se puede hacer en libertad, cuestión que estaría de antemano sobre entendida.

El art. 23 se refiere al “derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales”, haciendo una explícita referencia a la garantía de la pública divulgación de las manifestaciones artísticas producto del ingenio y de la creatividad.

De esta forma, el constituyente ha modelado y constituido un derecho cultural, de libertad, que es la libertad de creación y expresión artística, que en tanto avanza el texto constitucional ecuatoriano, se va consolidando con mayor precisión, pues, en el art. 377, que por primera vez en Ecuador se instaure un Sistema Nacional de Cultura, encontramos que una de las finalidades del referido sistema es la de “incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales [...]”.

Más adelante, en el art. 379, num. 4, se reconoce como parte del patrimonio cultural ecuatoriano, y objeto de salvaguarda por parte del Estado, *las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas*.

En este contexto normativo, y si atendemos al texto constitucional vigente, la libertad de creación y expresión artística, está plenamente garantizada por el sistema ecuatoriano de derechos constitucionales, y guarda relación con otros derechos²⁶⁴ tales como el de participación en la vida

264 Conviene señalar que el art. 11, num. 6 de la Constitución ecuatoriana señala que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.” Destacan nitidamente los principios de indivisibilidad e interdependencia que determinan que todos los derechos de las personas están relacionados entre sí, y no existen unos derechos más importantes que otros, lo que significa que en los casos concretos deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. (Nota del autor)

cultural de la comunidad, la identidad cultural, la difusión de sus propias expresiones culturales, la libertad estética, el espacio público, y además, en la parte orgánica de la Constitución, como fundamento mismo del Sistema Nacional de Cultura.

Si bien existen criterios que asumen que la libertad de creación artística y la libertad de expresión artística son dos cosas distintas, y que deben estar separadas; el modelo ecuatoriano ha querido de forma acertada presentar la multidimensionalidad de una misma realidad sensible, y además reconoce la autonomía de la libertad de creación y expresión artística, configurándola dentro de su ordenamiento por medio de varios preceptos, que la dejan nítidamente establecida como un derecho de libertad de tipo cultural independiente, que reúne y armoniza para su ejercicio elementos, tanto de la libertad de expresión en general como aquellas particularidades propias de los derechos y libertades culturales.

Este enfoque sugerido por el constitucionalismo cultural ecuatoriano, es mucho más progresista y audaz que la propia jurisprudencia interamericana, aunque habrá que ver en el futuro y en los casos concretos si en el ejercicio pragmático de tutela de las libertades culturales, el sistema nacional de garantías va a ponerse a la altura de este avance normativo que es verdaderamente significativo.

En Ecuador teóricamente son justiciables todos los derechos constitucionalmente reconocidos y también aquellos derechos humanos consagrados en tratados e instrumentos internacionales, sin embargo es una realidad incuestionable la falta de tutela de los derechos y libertades culturales, puesto que no solamente se puede señalar que no existe jurisprudencia sobre el tema, sino que además no se han desarrollado las herramientas teóricas para entender su compleja dimensión jurídica.

Empero, no podemos negar que en el plano estrictamente normativo, en la Constitución ecuatoriana, se encuentra totalmente instaurada la libertad de creación y expresión artística como derecho constitucional autónomo y singularizado, y sin renunciar a su complejidad.

Configuración de la libertad de creación y expresión artística

En Ecuador, al igual que en muchos países del mundo, la libertad de creación y expresión artística ha sido muy poco estudiada, resultando indispensable hacer un ejercicio reflexivo con el fin de configurar este derecho, en la perspectiva del nuevo constitucionalismo ecuatoriano:

Justificación de la libertad de creación y expresión artística

De inicio se puede afirmar que se justifica totalmente que esta libertad cultural esté incorporada en la Constitución; debido al entorno de conflictividad en que se desenvuelve y las persistentes condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran creadores y artistas.

Inmediatamente, la subsecuente pregunta que hay que responder es la siguiente: ¿Se justifica la protección jurídica la libertad de creación y expresión artística en Ecuador? y la respuesta es afirmativa, fundamentalmente en atención a los siguientes aspectos:

El creciente interés por garantizar los derechos culturales

En la actualidad existe un creciente interés por ir tutelando las distintas manifestaciones de la dignidad humana, y va tomando gran importancia la protección de los derechos culturales, tanto a nivel del DIDH, cuanto por parte de los constitucionalismos nacionales, tal es el caso de Bolivia, Canadá, Colombia, y cuyas reivindicaciones fueron materia de interés del último proceso constituyente ecuatoriano, para finalmente ser incorporadas a la Norma Suprema del Estado, con una filosofía que implica vincular al individuo o a un grupo o colectivo con su medio cultural, enfatizando en el carácter diferencialista de tales derechos, que pueden ser definidos como aquellos que posibilitan el ejercicio libre y autónomo de actividades culturales que contribuyan a vivenciar el infinito proceso de desarrollo de su identidad, lo que implica acceder a los recursos necesarios para ello.²⁶⁵

En esta lógica la garantía de la libertad de creación y expresión artística será un asunto decisivo en las demandas por el reconocimiento, promoción y protección de los derechos y libertades culturales, puesto que:

Si los derechos culturales han de beneficiar a todas las personas por igual, la importancia de ubicarlos en el escenario de los derechos fundamentales se justifica porque disfrutarían de las mismas garantías que los derechos humanos. Entre estas garantías destacan principalmente dos: primero, la protección de tribunales ordinarios y constitucionales, a través de una tutela judicial para su defensa como, por ejemplo, el recurso de amparo; segundo, la garantía de su esencia, ya que una vez que han sido adoptados los derechos fundamentales, las mayorías parlamentarias no los pueden cuestionar.²⁶⁶

265 Amplia información en Patricio Meyer-Bisch, "A centralidades dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos", *Revista Observatório Itaú Cultural*, n.º 11 (2011).

266 Observatorio Cultural, "Enfoque de derechos y políticas culturales. Importancia y debate del carácter fundamental de los derechos culturales", Observatorio cultural del Departamento de estudios del Consejo Nacional de la Cultura y las artes de Chile, <http://www.observatoriocultural.gob.cl/revista/7-estudios/13-enfoque-de-derechos-y-politicas-culturales-importancia-y-debate-del-caracter-fundamental-de-los-derechos-culturales/>, consulta: 1 de julio de 2015.

Lo que significa que el reconocimiento de la libertad de creación artística demanda la acción efectiva de protección en el orden jurisdiccional, los recursos constitucionales adecuados para su garantía, la garantía de su esencia la cual es aún incierta en Ecuador, toda vez que la garantía del contenido esencial de la libertad de creación y expresión artística no ha sido desarrollada por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, y por supuesto la observancia del principio de no regresividad señalado en el caso ecuatoriano en el inciso segundo del num. 8 del art. 11 de la Constitución, el mismo que preceptúa que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

La evidente situación de vulnerabilidad del creador artístico ecuatoriano

La relatora de derechos culturales de la ONU, Farida Shaheed, en su Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas, del año 2013, destacó la situación de desprotección que viven los artistas y creadores, toda vez que las expresiones artísticas, son constantemente atacadas por intereses políticos, religiosos, culturales, morales o económicos, alrededor del mundo.

En Ecuador la situación no es distinta, y en virtud de la poca importancia que se da a la creación artística, sin lugar a dudas constituye un derecho constitucional permanentemente vulnerado, lo que coloca al creador artístico ecuatoriano en una desfavorable situación de indefensión y desamparo, situación que se agrava más con la indolencia, apatía e indiferencia del conjunto de la sociedad, que ve la arte como un pasatiempo inútil, y permite las vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística, al considerarlas no solamente como algo normal, sino como cuestiones que no afectan la dignidad humana.

Este prejuicio es mucho más dramático cuando académicos, administradores de justicia y profesionales del derecho consideran los temas de libertad artística como asuntos triviales e insignificantes, de modo que mientras otros derechos y libertades son eficiente y eficazmente amparados, aquellos vinculados al arte son desdeñados, dejando a los perjudicados de este tipo de vulneraciones en una situación de indefensión.²⁶⁷

267 “Según María Beatriz Vergara esta falta de importancia que se le da a los asuntos relacionados al arte y a la cultura en Ecuador se origina en la ausencia de un tratamiento del tema del arte desde el arte y no desde la cultura”. Así manifiesta el artículo “¿Todo es arte? Algunos ecuatorianos piensan que sí”, publicado el 2 de febrero del 2015, *El Comercio*, <http://www.elcomercio.com/tendencias/lamovidacultural-arte-ecuatorianos-cedatos-entrevista.html>, consulta: 18 de julio de 2017.

La difícil situación que atraviesa el quehacer cultural y artístico en Ecuador

Ecuador es un país cuya diversidad cultural y artística es impresionante, sin embargo de lo cual, existe un histórico menosprecio al arte y la cultura, una sobrecogedora realidad que hasta la fecha, no ha podido ser superada.

La situación de la cultura en Ecuador es sumamente difícil, pues enfrenta problemas que van desde la folklorización de la cultura, la existencia de una institucionalidad cultural pública ineficiente, el reconocimiento de los derechos culturales en la normativa constitucional del año 2008, sin que existan los mecanismos idóneos para cumplirlos, una empresa privada totalmente desvinculada del quehacer cultural, una práctica eventista e inmediateista que solo gira en función de la coyuntura y no a la imperiosa necesidad de generar vinculaciones y fortalecer imaginarios simbólicos que permitan evolucionar hacia espacios estimulantes para las personas; políticas públicas erráticas, y un incomprensible temor al arte por considerarlo un recurso crítico y destabilizador de las relaciones de poder.

Fue esta la razón por la cual algunos asambleístas constituyentes, vinculados al quehacer intelectual, impulsaron en la Asamblea de Montecristi, una agenda para tratar que la cultura y las artes adquieran una dimensión distinta; lamentablemente la simple incorporación de ciertos enunciados en el texto constitucional, no hacen la diferencia y muchas veces la promesa constitucional queda impotente, ante la dureza de la realidad.

No obstante, al menos en sentido normativo, existe a nivel constitucional un reconocimiento de los derechos culturales y dentro de ellos de la libertad de creación y expresión artística, quedando en pie el desafío de implementarlos en forma efectiva, pertinente y real.²⁶⁸

El cambio de la matriz productiva

A más de la necesidad de tutelar la libertad de creación y expresión artística, como una dimensión importante de la dignidad humana, en un

268 “Más allá de la retórica que rodea los debates de la Ley: fomento, libertad, creación, autonomía, etc., probablemente sea en lo conceptual en donde el proyecto expresa sus mayores antinomias. Cuando discutimos enfoques de cultura —más aún cuando se plantea en plural— estamos poniendo sobre el tapete formas de pensar y actuar sobre la relación entre estética, poder y política, y en ello no hay neutralidad posible. El proyecto tiene una enorme dificultad para conciliar distintas vertientes de pensamiento en materia de política cultural: las de origen culturalista, antropológico o marxista. Forma, entre todas ellas, una suerte de pastiche ideológico que se traducirá en inevitables disputas al momento de intentar aplicar la ley. El papel aguanta todo, la realidad no.” Duran Lucía, *Ley Orgánica de Cultura (s): pastiche y deuda*, en <http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/ley-organica-cultura-s-pastiche-y-deuda>, consulta: 18 de julio de 2017.

escenario de menosprecio de las artes y la cultura, que dejan a los creadores artísticos en una situación de inseguridad y escarnio, aparece el tema del cambio de la matriz productiva que puede presentar dos escenarios para el creador artístico ecuatoriano.

El primero, a través del cual podría redimirse la situación actual de intelectuales, creadores y artistas, quienes pudieran tener un protagonismo remozado en perspectiva de una economía creativa; o un escenario en el cual el creador artístico sea objeto de una inmisericorde explotación por parte de los intereses del mercado y del propio Estado, al hacer de las artes y la cultura una simple mercancía.

El mundo entero va hacia una civilización distinta, hacia una civilización pospetrolera, que requiere de otro tipo de funcionamiento de la economía, en la cual la llamada economía creativa puede tener especial protagonismo, puesto que:

las industrias creativas generan empleos y valor con un impacto sobre la naturaleza menor al de las demás actividades económicas. El planeta no podrá sustentar a ocho o a nueve billones de personas viviendo el estilo de vida “petróleo-dependiente” de EE. UU. o Europa. La única manera de tener una economía global creciente, sostenible y capaz de ofrecerle mejor calidad de vida al grueso de la población mundial consiste en promover la economía creativa y, sobre todo, en aplicar el poder de la creatividad en todas las esferas de la vida económica.²⁶⁹

Ecuador está apostando por un cambio de la matriz productiva, y en este proceso el arte y las industrias culturales, deberían ser consideradas como una opción importante, así como lo han hecho Colombia, México, Argentina y otros países de Latinoamérica, toda vez que nuestro país a pesar de su potencial, no ha sabido aprovechar adecuadamente las oportunidades que le puede brindar el arte y la cultura.

Sin embargo, y de presentarse este nuevo escenario será necesario un tratamiento especial del derecho a la libertad de creación y expresión artística, pues una desatinada implementación de esta estrategia puede generar una disrupción cultural, en la cual sería inminente la separación y confrontación entre economía y cultura, economía y derechos culturales, economía y buen vivir, y lo que inicialmente puede mostrarse como una aparente oportunidad para reivindicar al arte y la cultura, puede finalmente convertirse en una trampa mortal para la libertad artística, al volver al actocreativo una consecuencia de las necesidades del mercado.

Se impone también la necesidad de debatir sobre la utilidad de lo útil —*nuccio ordine*— la importancia de la búsqueda de la belleza frente a

269 Jhon Newbigín, *La economía creativa. Una guía introductoria* (Londres: British Council 2-Unidad de Economía Creativa, 2010), 19.

las leyes del mercado y el beneficio, como la única salida para evitar un mundo deshumanizado.

Por ello el reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística, junto con los demás derechos culturales, pueden constituir la única defensa, frente a codiciosos intereses utilitaristas.

Contenido de la libertad de creación y expresión artística

La libertad de creación y expresión artística está garantizada en Ecuador como un derecho de libertad, en el cual se identifica nítidamente el componente *creación*, que bien pudiéramos asumirlo como un derecho de la personalidad,²⁷⁰ que luego se complementa con otro derecho como es la *expresión* de su producción, el cual además tendrá dos aspectos, uno positivo relacionado con la difusión del resultado de la creación, y otro pasivo que se configuraría en la libertad de las personas en recibir la expresión artística.

Si bien a nivel nacional, no existe jurisprudencia sobre el tema, por medio de la analogía *juris*, nos acercamos al tratamiento constitucional de este derecho de libertad, a través de la Sentencia n.º T-104/96 de la Corte Constitucional Colombiana, la cual es sumamente esclarecedora:

La libertad de expresión artística comporta dos aspectos claramente diferenciables: el derecho de las personas a crear o proyectar artísticamente su pensamiento, y el derecho a difundir y dar a conocer sus obras al público. El primero de ellos, dado su alcance netamente íntimo, no admite restricción alguna, aparte de las limitaciones naturales que la técnica escogida le imponga al artista, y las fronteras de su propia capacidad para convertir en realidad material lo que previamente existe solo en su imaginación. Cualquier acto, particular o de autoridad, que pretendiese poner freno al desarrollo del impulso vital del hombre creador, constituiría una afrenta a su dignidad humana. (...) Las autoridades de la República no están llamadas a imponer restricciones en la elección que el artista haga de la técnica a través de la cual pretende expresar su arte, ni pueden legítimamente determinar el contenido de una obra, pues cualquier limitación en estas materias vulneraría la esencia misma del derecho. En la segunda libertad ínsita en el derecho a la libre expresión del arte — la de dar a conocer las obras creadas —.²⁷¹

El párrafo anteriormente transcrito, tiene un profundo significado pues diferencia con claridad los componentes creación y expresión, señalando que la creación artística es un espacio absolutamente íntimo del creador cuyo único límite bien podría estar en su propia imaginación, de

270 José Castán Tobeñas, *Los derechos de la personalidad* (Madrid: Reus, 1952), 15.

271 El texto íntegro de la sentencia puede leerse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-104-96.htm>, consulta: 11 de enero de 2014.

modo que toda afrenta contra el proceso de creación el acto artístico en sí mismo, significará una vulneración de la dignidad humana; en tanto que la expresión, manifestación y difusión de la obra de arte debe estar libre de toda imposición o censura.

No debemos olvidar que esta resolución comparte criterios ya expresados en la sentencia del caso *Mephisto*, analizado en el capítulo I apartado 1.4.2.1, respecto a la autonomía del arte, y la exclusión de restricciones al concepto de arte.

La libertad de creación y de expresión artística en el sistema constitucional ecuatoriano es intrínseca a toda expresión o manifestación artística, está incorporada al catálogo de derechos constitucionales, y por tanto está garantizada por el Estado constitucional democrático de derechos y justicia, de tal forma que con ningún pretexto y bajo ninguna circunstancia, salvo las normales restricciones a este tipo de derechos, una agencia estatal, un servidor público o cualquier persona podrá tachar, suprimir, borrar, reprobar, desapropiar, censurar o modificar la obra de un artista; y aún más, no se podrá constituir o implantar ningún tipo de mecanismo que obstruya, reprima, retrase, interrumpa o limite el ejercicio de este derecho de libertad.

La Constitución ecuatoriana construye con mucho detalle los fundamentos sobre los cuales la libertad de creación y expresión artística debe estar tutelada, empezando con en el art. 21 del texto constitucional, en el cual garantiza expresamente la libertad de toda persona para difundir sus propias expresiones culturales, continúa en el art. 22 del mismo cuerpo normativo consagrando como un derecho el ejercicio digno sostenido de las actividades artísticas, y luego en el art. 23 de la Constitución garantiza el derecho a difundir en el espacio público las expresiones culturales.

Sin lugar a dudas, estos tres principios son importantes, pues atribuyen de una autonomía propia a la libertad de expresión cultural y artística, de modo que desde la propia normativa constitucional, ya no se la entiende como un apéndice de la libertad de expresión en general, que por supuesto en el texto ecuatoriano está tutelada en el art. 16. Además y aun que suene redundante, el hablar de un ejercicio del arte, no solamente tiene que ver con una práctica decorosa de dicha actividad, sino que se trata de una forma directa, de resguardar la dignidad humana, más aún si tomamos en cuenta que en el preámbulo de la Constitución se habla del respeto a todas las dimensiones de la dignidad.

En cuanto a la relación de la expresión del arte y el espacio público, tiene que ver mucho con el derecho a la ciudad, que es un derecho colectivo, culturalmente rico y diversificado.²⁷²

272 Amplia información en la *Carta mundial por el derecho a la ciudad*, preparada por el Foro social de las Américas, http://www.aerpuertocuenca.ec/Carta_Mundial.pdf, consulta: 23 de enero de 2014.

En el art. 378 que tiene que ver con el Sistema Nacional de Cultura, de manera absolutamente clara, la Constitución consagra el respeto que debe existir para la libertad de creación y expresión artística, cuando dice, que el Estado ejercerá la rectoría del sistema por medio del órgano competente, con respeto a la libertad de creación y expresión.

Posteriormente, en los arts. 379 y 380 se reconoce que las creaciones artísticas son parte del patrimonio cultural, y por tanto, objeto de protección, puntualizando frente a ello las responsabilidades del Estado.

Evidentemente, la Constitución de Montecristi, apuesta por la idea de considerar al sector cultura como estratégico para el buen vivir, y por tanto el rol de la creatividad artística toma otras dimensiones.

En consecuencia el contenido de esta libertad cultural esta determinado por la tutela del proceso creativo de la obra de arte, el acto creativo, la obra de arte, y la difusión, transmisión y divulgación de la misma. Sin embargo sería ingenuo ignorar que detrás de la incorporación constitucional de esta libertad cultural, no existe una intención por controlarla, disminuir su vehemencia revolucionaria, y homgenizarla para que se vuelva funcional al sistema.

De este modo, a través de la normativa constitucional, una norma infrainstitucional que estatiza la cultura, y los usuales programas de subención, lo que se hace es consolidar un entramado normativo, económico y burocratico, para vigilar, manejar, manipular y subyugar a la creación y expresión del arte en libertad,

Titulares de la libertad de creación y expresión artística

La libertad de creación y expresión artística no se configura como un derecho de libertad que les asiste únicamente a los artistas o creadores, sino en general a todas las personas.

En consecuencia, serán titulares de este derecho, tal y como lo señala el art. 10 de la CRE, las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, toda vez que el arte sin lugar a dudas es un medio fundamental, por el cual las personas en forma individual o colectiva pueden desarrollar y expresar su propia naturaleza humana, sus ideas, su percepción del mundo y la realidad, y por supuesto exteriorizar los motivos de aquello que para sí y su grupo significan su existencia en un momento, lugar y tiempo en forma artística. Por tanto, los seres humanos de todas las sociedades desde tiempos inmemoriales hasta nuestros días inventan y muestran sus creaciones y expresiones artísticas, alrededor de las cuales construyen su existencia.

En cuanto al artista, en términos generales, es aquella persona que ejerce las artes y produce obras artísticas, aunque se torna difícil encontrar una definición para arte, ya que este aparece como suerte de laboratorio en donde se experimenta con “nuevas formas de ser, de vivir, de actuar, de pensar o de considerar el cuerpo, la vida y la singularidad”.²⁷³ Además debemos reconocer al artista como sujeto político, lo que implica entender que todo artista hace política cuando hace arte. El acento que hemos puesto en el rol político del artista tiene que ver con su derecho a crear y expresar su obra, y a las garantías que el Estado debe brindar para aquello, además ayuda a entender desde una visión objetiva las razones que originan las limitaciones a las libertades artísticas; no se puede dejar de señalar que no es posible definir adecuadamente la libertad de expresión y creación artística, si la desvinculamos del derecho de todas las personas a acceder y gozar de las artes, en atención a su naturaleza compleja.

Sujeto pasivo la libertad de creación y expresión artística

Cuando hablamos de sujeto pasivo nos referimos, al sujeto titular de la obligación de respeto y tutela de los derechos, en este caso el Estado, temática sobre la cual es necesario hacer algunas consideraciones.

La reflexión del pensamiento jurídico ecuatoriano sobre derechos y libertades culturales en general es aún incipiente, el debate académico ha sido muy limitado, y podríamos decir que inclusive está lleno de ideas preconcebidas, lo que genera la percepción que en el país la cultura no tiene importancia, y que se la considera como una actividad accesoria y secundaria.²⁷⁴

Como ya se apuntó, el debate sobre derechos culturales en Ecuador, recién se hace presente en la Asamblea Constituyente de 2008 y de algún modo sigue latente en el proceso de aplicación práctica de la Ley Orgánica de Cultura, sin embargo, no se ha estudiado a profundidad el rol de los derechos y libertades culturales en el sistema ecuatoriano de derecho constitucionales, lo cual resulta preocupante pues derechos cuyo contenido, alcance y justiciabilidad no han sido formulados adecuadamente, no serán más que una declaración retórica.

273 Michel Onfray, *La construcción de uno mismo* (Buenos Aires: Perfil libros, 2000), 92.

274 Alain Tourraine, en una entrevista concedida a Luis Ángel Fernández, dijo: “Actualmente, el tema fundamental es la defensa de los derechos culturales. Es el principal punto de la agenda en un mundo de consumo de masas, de comunicación de masas, donde el poder social no se limita más al poder político, sino que se ha extendido al poder económico y ahora al poder cultural con los mass media. El asunto de los derechos culturales es central”. Luis Ángel Fernández, http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527, consulta: 20 de septiembre de 2011.

Constitucionalmente, el tema cultura y la libertad de creación y expresión artística aparece, tanto en el apartado relativo a los derechos del buen vivir como también en el régimen del buen vivir, con lo cual no es posible desconocer la puntualización normativa del Estado intercultural, y la puntualización de una herramienta práctica para intervenir en la vida social, como es el Sistema Nacional de Cultura, lo cual nos conduce a señalar que por mandato constitucional los poderes públicos están obligados a realizar una labor activa en favor de la interculturalidad; situación que en la práctica, enfrentará, seguramente, diversas formas de tensión entre los principios de neutralidad y de intervención en la cultura.

El Estado, por tanto, debería ser el principal promotor y animador de la cultura, cuidando siempre de no cercenar las libertades culturales, puesto que la Constitución ecuatoriana en el art. 380, num. 3, establece nítidamente como su responsabilidad: “Asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente”.

La riqueza de preceptos constitucionales dedicados a lo cultural, confirma la importancia que la Constitución de Montecristi concedió al tema; la consagración de un Estado intercultural es una decisión política fundamental, más aún cuando va acompañada del tema de la plurinacionalidad, ya que el Estado ecuatoriano constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico se presenta como un Estado multidimensional, vanguardista, renovador y progresista, que supera el Estado social y democrático de derecho, ya que según lo expresa el preámbulo del texto constitucional, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, el cual desde la perspectiva de la libertad de creación y expresión artística promueve: “No más dominio, control y explotación de la política en la sociedad, sino imaginación y creatividad para cambiar el mundo. La verdad del arte es producto de la imaginación, pues ella genera ideas que, lejos de desgastar la realidad, activan la posibilidad de producir nuevos fundamentos. La actividad imaginativa potencia la productividad creativa de la sociedad y de la acción humana individual.”²⁷⁵

Si bien en Ecuador la constitucionalización de la cultura aparece de forma explícita en la Constitución de 1945, el texto constitucional vigente es una expresión mucho más avanzada del constitucionalismo cultural,

²⁷⁵ Orlando Morillo Santacruz, “Lo popular como expresión artística. Interculturalidad y transdisciplinariedad”, *Calle 14: Revista de investigación en el campo del arte* 7, n.º 9 (2012): 47.

pues al reconocer el pleno ejercicio de los derechos y libertades culturales, la tutela de los mismos será prioritaria, en atención a lo estipulado por el primer inciso del num. 9 del art. 11 que señala: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Obligación general del sujeto titular de la obligación de respeto y tutela de los derechos culturales dentro de los cuales se encuentra la libertad de creación y expresión artística, que se complementa con las responsabilidades del Estado, señaladas en el art. 380 de la CRE y, fundamentalmente, en la esfera del derecho a crear arte y expresarlo en libertad son:

La protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, dentro del cual se encuentran consideradas las creaciones artísticas, según el art. 379, num. 4 de la Constitución vigente.

El aseguramiento que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente.

El establecimiento de incentivos y estímulos para que las personas, instituciones, empresas y medios de comunicación promuevan, apoyen, desarrollen y financien actividades culturales y artísticas.

El garantizar la diversidad en la oferta cultural y promover la producción nacional de bienes culturales, así como su difusión masiva.

El garantizar los fondos suficientes y oportunos para la ejecución de la política cultural, cuyo núcleo fundamental esta indiscutiblemente en la creación y expresión del arte.

En cuanto al rol del Estado como sujeto pasivo, no hay que olvidar que, “la identificación del contenido central de un derecho no supone que el resto del derecho no sea importante y que, por tanto, deba negarse. Los Estados también deben adoptar medidas relativas a los aspectos que no forman parte del contenido central. El contenido central es un mínimo que los Estados deben garantizar, pero están obligados a hacer todo cuanto esté en sus manos para hacer más que solo el mínimo”.²⁷⁶

Finalmente, no se puede dejar de señalar que en el sistema constitucional ecuatoriano los particulares también pudieran ser responsables tal y como lo determina el art. 20, de la LOGJCC, que dice en su primer inciso: “Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar

276 Yvonne Donders, “El marco legal del derecho a participar en la vida cultural”, en *Derechos culturales y desarrollo humano*, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) (Madrid: AECID, 2004), 5.

en la misma sentencia *la responsabilidad del Estado o de la persona particular*” (énfasis añadido). En el caso de la garantía de derechos por medio de la acción de protección, la CRE en su art. 88 señala que esta tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, también en el caso de que la violación proceda de una persona particular.

La responsabilidad de los particulares frente a las violaciones de derechos ha sido contemplada con el fin de resguardar a quienes están en una posición de desventaja o vulnerabilidad, frente a ciertos particulares que poseen algún poder y lo ejercen de manera arbitraria, debiendo siempre analizar detenidamente todas y cada una de las circunstancias que pudieran presentarse en los casos concretos.

Ejercicio de la libertad de creación y expresión artística

El ejercicio de la libertad de expresión y creación artística requiere no solamente un *dejar hacer* por parte del Estado, sino que además de garantizar la no injerencia en el proceso de creación y expresión del artista, debe asumir una actitud positiva en favor de generar las condiciones para que esta libertad cultural sea verdaderamente disfrutable, además se trata de un tipo de derecho de libertad esencialmente democrático, que debe ejercerse ante todo a través de la participación ciudadana, pues se encuentra directamente vinculado con el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

En nuestro país existen además, otras dimensiones aún más complejas respecto al ejercicio de este derecho que merecen ser consideradas, y que tiene que ver con su ejercicio en relación con la ciudadanía cultural, y la democracia cultural participativa.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la ciudadanía cultural

A lo largo de la historia del constitucionalismo ecuatoriano, jamás se ha tenido una Constitución tan preocupada en que la dignidad humana a través del ejercicio de unos derechos inalienables, se constituya en el fundamento del ordenamiento jurídico, lamentablemente ha sido el ejercicio del poder el que en ciertos casos ha pretendido subrepticamente implementar una práctica arbitraria, por la cual se ha pretendido minimizar las múltiples dimensiones dignidad reduciéndola al simple ejercicio de ciertas libertades públicas debidamente observadas, controladas y autorizadas por

el poder, o a su vez y bajo el pretexto del interés general vulnerarla dando preeminencia a cualquier acto del querer estatal, generalmente, por razones utilitaristas, que al menos en un plano teórico, chocan con la filosofía humanista de los derechos que promueve la emancipación de las personas, de toda clase de sometimientos, y potestades, inclusive aquellas de orden legal y no legítimo que conculquen su dignidad.

Hablar de *dignidad humana* es difícil por tratarse de un concepto polisémico y que tiene profundas connotaciones filosóficas, que rebasa el contenido del presente trabajo, más aún no se puede dejar de recordar que el de la dignidad humana es el cimiento de los derechos humanos, de los derechos constitucionales, de la propia Constitución, y por tanto del propio Estado constitucional democrático de derechos y justicia.

Junto con el concepto de dignidad humana aparece otro que es el de *ciudadanía*,²⁷⁷ y que tiene que ver con la pertenencia de una persona a una comunidad jurídicamente organizada, y si bien desde la *teoría del Estado*²⁷⁸ y, posteriormente, desde el derecho administrativo, se ha trabajado mucho sobre este tema, consideramos que ante todo la ciudadanía es un concepto cultural problemático, totalmente dinámico, multifacético, reivindicable, pero de ninguna manera abstracto.

En virtud del desarrollo y consolidación de los derechos constitucionales, hablamos de una ciudadanía civil, de una ciudadanía política, de una ciudadanía social y de una *ciudadanía cultural* relacionada naturalmente con los derechos civiles, políticos, sociales y culturales; no es que se trate de especies distintas, sino de expresiones de la ciudadanía integral, que podemos identificarlas sin mayores dificultades si atendemos a su ejercicio.

En una etapa en la que aparentemente se ha entrado en el *constitucionalismo cultural*, es evidente que habrá que poner mucha atención a la categoría *ciudadanía cultural*, que además está directamente relacionada con el Estado intercultural, lo cual está directamente vinculado con la recomposición de las relaciones de poder.

El concepto de ciudadanía cultural viene siendo discutido en el seno de la UNESCO, y en la obra de pensadores contemporáneos como Toby Miller,²⁷⁹

277 Amplia información sobre el tema en Derek Heater, *Ciudadanía. Una breve historia* (Madrid: Alianza, 2007).

278 Ver Paoli Bolio Francisco José, *Teoría del Estado* (Ciudad de México: Trillas, 2009).

279 Ver Toby Miller, *Cultural Citizenship: Cosmopolitanism, Consumerism, and Television in a Neoliberal Age* (Philadelphia: Temple University Press, 2007), y Toby Miller, "Culture, Dislocation, and Citizenship", en *Global Migration, Social Change, and Cultural Transformation*, Emory Elliott, Jasmine Payne y Patricia Ploesch (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008).

Renato Rosaldo²⁸⁰ y Will Kymilka;²⁸¹ significa en términos sencillos que toda persona no solo debe ejercer los derechos civiles, políticos, económicos y sociales reconocidos, por la Constitución y el sistema jurídico de su país, sino que es necesario que tenga derecho y acceso a los bienes culturales, tanto materiales como simbólicos, de manera que al participar en la estructura política, económica y social, intervenga de manera activa en la vida cultural de su entorno social, ejerciendo las libertades de creación y expresión, y así ser parte de los circuitos de la oferta y el consumo cultural, colaborando con la industria cultural, estableciendo cualquier relación con los medios de comunicación, para ocupar, usar, e interactuar en y con los espacios públicos, recreativos y culturales de su medio, y ejerciendo plenamente sus derechos, aproximarse “al significado que nutre a diferentes grupos sobre la resolución de los derechos de reconocimiento y diversas formas de incorporación; al tiempo que pueda ver las distintas maneras en que los sujetos activan “sus anclajes profundos” en función de imaginarios de futuro en relación con la estructura social”.²⁸²

La *ciudadanía cultural* es un supuesto que está presente en forma tácita en el constitucionalismo ecuatoriano, al punto que el 23 de noviembre de 2010, el Ministerio de Cultura del Ecuador presentó un primer plan piloto sobre el tema en las provincias amazónicas de Napo, Pastaza, Orellana y Morona Santiago, cuyos resultados aún no han sido debidamente sociabilizados, para evaluar su trascendencia.

El ejercicio de la *ciudadanía cultural* no se trata solamente de permitir que la comunidad se acerque a un conjunto de actividades artísticas, lúdicas o de esparcimiento, sino que principalmente significa que en el sistema constitucional ecuatoriano tiene una especial y preponderante importancia para con el Estado intercultural, y la forma de encarar las nuevas relaciones de poder, ya que:

Cuando hablamos de ciudadanía cultural se hace necesario conocer las aspiraciones legítimas de los grupos subordinados. En ese sentido, yo cuestionaría el concepto de “bien común” y, por este motivo, diría que la “ciudadanía cultural” no es “cultura ciudadana”. Cuando se escuchan estos conceptos, uno debe preguntarse: ¿Quién tiene la autoridad de decir lo que es el “bien común”, ¿de definir los códigos del “espacio público”, ¿de establecer qué es la “sociedad civil”? Hay que estar atento y dilucidar desde qué punto de vista

280 Renato Rosaldo, *Cultura y verdad: La reconstrucción del análisis social* (Quito: Abya-Yala, 2000).

281 Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (Barcelona: Paidós, 1996).

282 Gerardo León, “Comunicación y ciudadanía cultural. La migración como práctica de comunicación”, *Razón y Palabra* 13, n.º 61 (2008), <http://www.razonypalabra.org.mx/N/n66/actual/jleon.html>, consulta: 23 de enero de 2014.

se está haciendo un análisis determinado en el cual se están usando estos conceptos, y debemos preguntarnos entonces, ¿quiénes pertenecen al grupo que ostenta ese punto de vista? ¿Quiénes son y quiénes no son los constituyentes del “nosotros” de que se habla?²⁸³

Al hacer referencia a la libertad de creación y expresión artística, se habla de la posibilidad democrática de recomponer el tejido social ecuatoriano desde el arte, para reconfigurar al propio Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, pues la libertad de creación y expresión artística al constituirse el elemento fundante de la ciudadanía cultural, expresa su capacidad de imaginar y crear su realidad por medio de su participación en la vida pública, logrando evidenciar las contradicciones y los conflictos sociales, de tal manera, que el auténtico ejercicio de la ciudadanía, posibilitará redimensionar dichos conflictos más allá de los evidentes antagonismos, que eventualmente surgen de las relaciones de poder que siempre son difíciles.

Libertad de creación y expresión artística posibilita el encuentro entre diferentes, lo cual significa empezar a exigir que el llamado Estado intercultural se exprese en la cotidianidad, entendiendo que ciudadanía y cultura van siempre entrelazadas, de manera que si no somos capaces de entender las dinámicas de nuestras propias discordancias sociales, con las que necesariamente debemos aprender a vivir practicando la alteridad y la tolerancia, se volvería imposible construir pacíficamente la relación intercultural entre ecuatorianos, y en este orden de ideas, el rol de las artes será el de mostrar, entender y explicar desde otros códigos tales desajustes y desarmonías humanas y sociales, expresando en el hecho estético la dinámica de tales situaciones, y así evidenciar el tipo de sociedad que queremos construir, en la cual desde las vanguardias del arte, se pueda rebasar la nefasta separación entre el hombre y el ciudadano que sin lugar a dudas ha sido la principal característica del derecho moderno.²⁸⁴

Resulta una gran empresa libertaria y revolucionaria, intentar dotar de contenido desde lo simbólico al concepto del buen vivir, el cual es la matriz del modelo de desarrollo ecuatoriano; enriquecerlo desde la creatividad y lo sensible, desde el diáfano reconocimiento que la expresión

283 Renato Rosaldo, “La pertenencia no es un lujo: Procesos de ciudadanía cultural dentro de una sociedad multicultural”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica*, n.º 3 (primavera de 2000) (Ciudad de México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social): 6, <http://www.redalyc.org/pdf/139/13900305.pdf>, consulta: 23 de enero de 2014.

284 Costas Douzinas, “El fin(al) de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7, t. 1 (Madrid: Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2006), 316.

artística puede ser un medio idóneo para construir diálogos, solidaridad, ciudadanía, democracia, convivencia y paz; y allí se exterioriza de forma peculiar el nuevo rol que demandaría el nuevo constitucionalismo cultural ecuatoriano desde la lógica de los derechos culturales a las ciudadanas y ciudadanos, y no solamente a artistas, actores y gestores culturales.

Posiblemente, se trata de la utopía de reafirmar que se requieren de nuevas experiencias de vivir la ciudadanía desde un nuevo humanismo, capaz de oxigenar y resignificar la teoría jurídica, fortalecer la autoestima de los pueblos, recuperar el valor de la palabra, vigorizar la solidaridad, la confianza, y la capacidad de crear y por lo tanto, atrevernos desde otras lógicas, siendo realistas y pidiendo quizás lo imposible,²⁸⁵ a ser capaces de lograr una profunda y verdadera transformación de la realidad, un mundo donde quepan muchos mundos,²⁸⁶ una patria que contenga a todos los pueblos, sus culturas, sus expresiones, su arte, su filosofía, sus lenguas, sus dialectos, su cosmovisión, sus saberes, su forma de vivir la espiritualidad y de entender la vida.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como fundamento de la democracia cultural participativa

No podemos hablar de un ejercicio real de la *ciudadanía cultural* si esta no se expresa en el marco de una *democracia cultural participativa*, que según la Declaración de Políticas Culturales, de la UNESCO de 1982, “supone la más amplia participación del individuo y la sociedad en la producción de bienes culturales, en la toma de decisiones que conciernen a la vida cultural, y en la difusión y disfrute de la misma”.²⁸⁷

Boaventura de Sousa Santos propone la categoría democracia intercultural, como una exigencia del Estado intercultural, pluricultural y poscolonial²⁸⁸ caracterizada por formas distintas de deliberación, de participación, formas de construir el consenso y manejar el disenso, y el reconocimiento de otras formas vinculadas a la identidad cultural; en nuestro caso hablamos de democracia cultural participativa entendiendo que ese concepto

285 “Sé realista, pide lo imposible” es un *slogan* emblemático del movimiento francés de mayo de 1968.

286 Amplia información en, Juana Ponce de León, *Nuestra arma es nuestra palabra: Escritos selectos. Subcomandante insurgente Marcos* (Nueva York: Seven Stories Press, 2001).

287 UNESCO, Declaración de México sobre políticas culturales, http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf, consulta: 19 de febrero de 2014.

288 Este planteamiento lo encontramos en el artículo de Boaventura de Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, compilado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Quito: Abya-Yala, 2009), 63-79.

engloba a la democracia intercultural, que es una característica de países con una alta diversidad cultural, tal es el caso de Ecuador.

Se define a la *democracia cultural* como la “metodología de la acción liberadora de la sociedad, en la que se promueve la participación, partiendo de los intereses y necesidades de los propios ciudadanos y donde son los ciudadanos los que deciden en cada momento que es lo mejor y más conveniente”,²⁸⁹ esta aproximación resulta bastante útil para este trabajo, porque trae consigo dos elementos que son los característicos de la democracia cultural participativa y que son la acción liberadora y la capacidad de decisión en ejercicio de la ciudadanía cultural, que además, son el fundamento de la soberanía, según el espíritu del inc. 2 del art. 1 de la CRE.

Creemos que hablar de *democracia cultural participativa* tiene dos aspectos, uno general que tiene que ver con la forma en que los pueblos asimilan a la democracia participativa como un valor de su cultura, y uno específico, que se refiere a la democracia del día a día en los espacios del arte y la creación, sin embargo, la relación entre democracia y cultura siempre es un aspecto arduo y polémico.

No se trata simplemente de simplificar las cosas al punto de limitarnos a creer que el único vínculo, entre cultura y democracia radica en el hecho de alcanzar una cultura política que posibilite el vivir en un régimen democrático, pues al hacerlo estamos dejando afuera la reflexión respecto al debate sobre lo que la cultura puede contribuir para la consolidación y mejoramiento de los espacios reales de ejercicio de una democracia radical, deliberativa, disputatoria y emancipatoria.²⁹⁰

Ahora bien, el art. 1 de la Constitución claramente caracteriza al Estado ecuatoriano como un Estado constitucional y democrático, y en función de ese punto de partida, se torna necesario discutir sobre qué puede ofrecer el nuevo tipo, modelo y forma del Estado, y por supuesto, el paradigma constitucional a la cultura ecuatoriana, a los artistas, a los creadores, e interpelar si será capaz de devolver a los actores de la cultura y el arte aquello que el poder les ha arrebatado; es decir, la libertad, la pluralidad, la autodeterminación creativa, la real libertad de expresión artística, el reconocimiento a la pluralidad, la posibilidad de que les sean confiados la

289 Democracia cultural, en Plataforma Ciudadana para la Información y la Participación Pública <http://plataformagerena.wordpress.com/2008/07/09/democracia-cultural/>, consulta: 24 de enero de 2014.

290 Amplia información en Ulrich Beck, *La invención de lo político: Para una teoría de la modernización reflexiva* (Ciudad de México: FCE, 1999); Robert A. Dahl, *La democracia y sus críticos* (Buenos Aires: Paidós, 1991); Helmut Dubiel, Günter Frankenberg y Ulrich Rödel, *La cuestión democrática*, trad. María Cándor Orduña (Madrid: Solitarios-Huerga y Fierro Editores, 1997); Philip Pettit, *Republicanism* (Barcelona: Paidós, 1999).

conceptualización y diseño de sus políticas culturales, la garantía de que las decisiones sobre arte y cultura no se van a tomar desde un escritorio, la posibilidad de inaugurar un debate académico serio que fortalezca el pensamiento y el arte crítico.

El poder en medio de sus artificios y su demagogia, no ha sido capaz de evitar utilizar al arte para sus fines, manipulando presupuestos, espacios públicos, y gente del medio institucionalizando un sistema que para su funcionamiento ha fabricado una gruesa costra de burócratas, encargados de posibilitar el ejercicio de la dominación en la esfera de la cultura, de modo que se produce una simbiosis entre intereses políticos y mecanismos de apoyo a la creación, que el caso ecuatoriano ha tenido consecuencias negativas, y cuyos efectos van imponiéndose inclusive a la promesa constitucional.

El ejercicio del *poder cultural*²⁹¹ y la complicidad de los propios intelectuales, permitieron el entronamiento de una sórdida burocracia que, poco a poco, se ha ido apoderando de un incomprensible poder para decidir sobre la creatividad y las expresiones artísticas, a través de un manejo muy poco transparente de las instancias de apoyo a la creación y difusión del arte, propiciando la hegemonía de ciertas expresiones culturales que parecen emanar naturalmente de la realidad nacional, pero que el fondo son resultado de un proceso de sometimiento social, que esconde engañosamente unos objetivos predeterminados, cumpliendo una función de espectacularidad y desvirtuando el verdadero rol emancipatorio del arte.

En consecuencia, la única forma que el poder ha encontrado para controlar en forma encubierta el vigor y la capacidad crítica de los creadores, ha sido el sacrificar la democracia cultural participativa, y poner en manos de los burócratas la gestión de los estímulos a la creación y a la expresión del arte.

En el Ecuador de hoy, y a pesar de la aprobación de la Ley Orgánica de Cultura,²⁹² persiste el debate respecto a la institucionalidad cultural, en el cual dos instituciones representativas están en franca disputa, el Ministerio de Cultura de reciente creación y que ha sido determinado como el órgano rector de la cultura nacional y la histórica Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, en ambas experiencias encontramos que el ejercicio del poder cultural, se ha convertido en mayor obstáculo para cumplir

291 Utilizamos el concepto *poder cultural*, siguiendo el planteamiento de Enrique Serna. Amplia información en Enrique Serna, *Genealogía de la soberbia intelectual* (Ciudad de México: Taurus, 2013).

292 La Ley Orgánica de Cultura fue publicada en el RO 913, el viernes 30 de diciembre de 2016. (Nota del autor)

adecuadamente sus objetivos funciones de impulso la creación, la investigación, y la difusión del arte y la cultura.

La discusión en el plano institucional tiene que ver con la forma cómo se ha entendido la autonomía de la Casa de la Cultura, condición que fuera consagrada en la Constitución Política de 1998, y que luego, prácticamente eliminada por la última Asamblea Constituyente, al incorporarla como parte del Sistema Nacional de Cultura, según lo estipulado en el art. 24 de la ley de la materia, aunque el art. 115 del mismo cuerpo legal la define como una entidad con personería jurídica de derecho público, autonomía responsable y gestión desconcentrada, administrativa y financiera.

El escritor Raúl Pérez Torres, quien ha sido presidente de la Casa de Carrión por dos ocasiones, distingue entre la autonomía de creación artística y la autonomía económica institucional,²⁹³ para explicar que una cosa es el control del gobierno sobre el manejo de recursos financieros públicos y otra la injerencia oficial en los procesos de creación artística.

En ambas posturas detectamos claramente la preocupación por las condiciones de la creación artística, frente a la intervención del Estado.

La polémica suscitada respecto a la autonomía de una institución cultural, cuya presencia se remonta a los años 40, pone en el centro del debate justamente a la libertad de creación y expresión artística, pues hay personas que creen que un espacio libre de la injerencia estatal es una garantía para que los intelectuales y artistas puedan hacer su trabajo en libertad, sin restricciones de ninguna especie, no obstante, desde otros sectores se cuestiona que amparados en la autonomía de la Casa, un grupo de personas se convirtió en una élite cultural, cuya existencia es injustificable en un Estado constitucional y democrático, lo que evidencia lo difícil de la democracia cultural participativa en los espacios culturales oficiales.

Esta evidente debilidad democrática condujo a que se incorpore en la Ley Orgánica de Cultura la participación de los artistas, creadores y gestores culturales que no sean necesariamente miembros de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, en la elección de los directores y directorios provinciales de los núcleos, cumpliendo como único requisito la inscripción en el Registro Único de Artistas y Gestores Culturales (RUAC), herramientas del Sistema Integral de Información Cultural, que lamentablemente se convirtió en un mecanismo de control y manipulación, encanallando a los actores culturales, haciéndolos sumisos al poder.

293 Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Sudamérica, Raúl Pérez Torres: "La Casa de la cultura va hacia otro modelo de gestión", 15 de mayo de 2013, <http://www.andes.info.ec/es/cultura/raul-perez-torres-casa-cultura-va-hacia-nuevo-modelo-gestion.html>, consulta: 11 de mayo de 2013.

Por tanto, la insuficiencia de democracia cultural participativa, evidenciada en Ecuador, a partir de la disputa de ciertas élites de la cultura,²⁹⁴ muestra de cuerpo entero una disputa por el control del poder cultural que por décadas lideró la Casa de la Cultura ecuatoriana, en el cual los grandes ausentes son los creadores, los intelectuales y los artistas, que miran desde lejos una contienda que los afecta directamente, al punto que casi nadie pone en duda que del juego de intereses radica en:

Eliminar la autonomía de la Casa de la Cultura, cosa que no lograron gobiernos dictatoriales militares ni de ultra derecha. La Casa de la Cultura no es ninguna pera en dulce, pero hay que decir que existe materialmente, no es una abstracción poética o matemática, tiene una trayectoria casi centenaria, con muertos, heridos, conquistas y caídas, con burocratización al por mayor, pero existe más que la entelequia correísta llamada Ministerio de Cultura. El proyecto de ley circula por la atmósfera sin aire, en el vacío, y hay que decir, en honor a la verdad, que es ideal para ser aprobada por la vaciada inteligencia de los asambleístas *ligh* del grupo de Alianza País.²⁹⁵

La Casa de la Cultura, aun con su obesa burocracia es la que ha venido funcionando, y su gestión ha abarcado las artes, la historia, la ciencia, la memoria social y la tecnología, desplegando una labor medianamente aceptable, e incurriendo en el error garrafal de subyugar a los creadores, artistas e intelectuales a la dominación casi dictatorial de una poderosísima burocracia, a su vez, comprometida con más de un conventículo de oportunistas. Hoy la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión languidece, sin haber podido resolver sus perniciosas contradicciones internas que día a día la van degradando.

La institucionalidad cultural de Ecuador, permanentemente justifica su ineficiencia en la escasez de recursos, sin embargo, afortunadamente el país jamás ha sufrido de falta de creadores, sin embargo y sacrificando los aspectos elementales de la democracia cultural participativa, las agencias del Estado del sector cultura han degenerado en camarillas que ostentan el poder cultural sin decoro.

Parecería que la discusión no es la correcta, que no se está debatiendo sobre el ejercicio de los derechos y libertades culturales, sobre el fomento

294 "Las élites culturales se aferran a la crítica como garante de su reconocimiento como tales y de su continuidad. La alternativa es la sustitución del criterio de excelencia por el de éxito, cuyos peligros Karl Mannheim ya se ocupó de señalar, advirtiendo, cómo impone al relevo de las élites un ritmo demasiado rápido, que atenta contra la continuidad social, la cual depende de la lenta y gradual expansión de la influencia de los grupos dominantes". Ver Ignacio Echevarría, "Apuntes sobre la elite cultural y la crítica", *Revista UD*, n.º 09P (2012): 151. (Nota del autor)

295 Fabián Nuñez Baquero, "Arte, cultura y Burocracia cultural", *Umbral de las voces*, <http://umbraldelasvoces.blogspot.com/2013/09/arte-y-cultura-y-la-burocracia-cultural.html>, consulta: 23 de abril de 2014.

al arte y la cultura, sobre las condiciones para el desarrollo del quehacer intelectual en el país, peor aún se está reflexionando sobre el ejercicio de ciudadanía cultural o de la democracia cultural participativa, no obstante, no podemos dejar de poner un acento especial en el hecho de que estamos ante un juego de poder en el cual importa mucho, quién ejerce el poder cultural, y cómo lo materializa en los procesos culturales y artísticos.

En medio de encendidos discursos sociales, en el ámbito de la cultura y el arte, curiosamente rige la lógica de explotación capitalista, de modo que las prácticas en la toma de decisiones se parecen demasiado a las prácticas propias de los procesos de gestión de la rentabilidad, y en lugar de dueños de medios de producción explotando a los proletarios, nos encontramos con burócratas encargados de la administración cultural, haciendo lo mismo sobre los creadores, es decir, beneficiándose del talento y la creatividad²⁹⁶ al punto que el creador o el artista no recibe nada por su aporte cultural a la sociedad, en contraste con la burocracia cultural que sí es beneficiada con sueldos, salarios, viáticos y otros beneficios, que devengan con actividades meramente oficinescas.

A esto se suma una evidente reticencia del sector privado a involucrarse en cuestiones vinculadas a la cultura y el arte, tales como programaciones nacidas de su propia iniciativa, patrocinios, donativos, subvenciones, apoyos, etc., lo que vuelve mucho más difícil el panorama del arte y de la actividad del artista y del creador ecuatoriano a esto se debe añadir el hecho de que el sector privado, cuyos vínculos con las oligarquías locales son evidentes, apuestan también por expresiones artísticas o culturales, en función de sus preferencias de clase o a sus intereses económicos, y entonces siempre podremos reconocer un sesgo ominoso.

Bajo esta lógica abyecta, tanto desde el sector público como del privado, el modelo de explotación de los intelectuales y creadores, que lamentablemente cada vez va agudizándose más en Ecuador, resigna el sistema garantista que posibilita la plena realización de los derechos y libertades culturales, y privilegia un modelo de normas reguladoras y procedimientos administrativos para controlar la plusvalía en una matriz de explotación completamente reñida, con el modelo de desarrollo social y solidario consagrado en la Constitución ecuatoriana del buen vivir.

296 Dean Baker y Mark Weisbrot co-directores del *Center for Economic and Policy Research (CEPR)* en el año 2013 propusieron implementar en Ecuador el sistema de vales para la libertad artística, emulando la deducción por contribuciones caritativas que existe bajo el código fiscal en los EE. UU., con el objetivo de lograr un mejor financiamiento para los creadores y artistas, garantizado sus libertades culturales; sin embargo hasta el momento esta propuesta no ha sido debatida y analizada, para valorar su viabilidad. (Nota del autor)

Para lograr una eficiente implementación de la matriz de explotación de la creatividad es indispensable contar con aparato burocrático sacralizado por una ley de cultura, que posibilite el sometimiento del creador; y así, por obra y gracia del derecho y bajo un velo de aparente legalidad, el burócrata será quien posibilite —según sus intereses— la realización del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y el ejercicio de la libre creación y expresión artística, pues se erige en la razón de ser del poeta, del pintor, del cineasta, del cantautor, de la sinfónica, al ser quien da la “oportunidad” o no, al creador o al artista en forma individual o colectiva.²⁹⁷

De este modo, el fomento al arte y la cultura se desnaturaliza, y se convierte en un pretexto para justificar la ampliación de dependencias administrativas, y la mejor excusa de la burocracia cultural para justificar sus emolumentos, viajes, cuotas, y demás canonjías; y así, mientras el creador cuida por dotar de cierta complejidad y sustancia a su trabajo, para ir más allá inclusive de sus inquietudes intelectuales, la costra de funcionarios del sector cultura convierten al arte en producción en serie, en artesanía, en espectáculo trivial, en mercancía fácilmente comercializable.

Los burócratas del sector cultura, devenidos en caporales de la libertad de creación y expresión artística, quieren bibliotecas llenas de libros de autores nacionales, pero no están dispuestos a dotar a los escritores de los medios económicos para hacer su trabajo, quieren exposiciones de pinturas organizadas a partir del trabajo gratuito de los pintores, quieren músicos dispuestos a participar en dionisiacas verbenas a cambio de un refrigerio o un trago, y quienes no comparten esta praxis sometiéndose a los dictados de los mayores de turno, son completamente invisibilizados.²⁹⁸

La lucha por el reconocimiento y la autonomía de los derechos y libertades culturales, demandan un cambio trascendental en Ecuador del buen vivir, en el cual los cultores del arte, los actores culturales, los intelectuales, los creadores, los artistas sean auténticamente los protagonistas del quehacer cultural, y no las autoridades del sector, los funcionarios, o el personal administrativo. La

297 “Se trataría de encontrar una reflexión acerca de lo que significa el arte en la sociedad actual. Este carácter crítico propio de la creación es en el caso ecuatoriano importante a la hora de señalar la relevancia de su contribución, tanto como herramienta de libertad, como en relación con cuestiones que afectan a conceptos sociales o políticos”. Fragmento de un texto escrito por José Luis Corazón Ardura para el catálogo de la muestra *Poéticas del presente*. (Nota del autor)

298 “Es lo que pasa cuando la cultura se institucionaliza y burocratiza: termina por convertirse en un territorio con dueños y censores que dan o quitan; que ofrecen estímulos a sus amigos y desestimulan a sus enemigos; que castigan a quien se atreve a contradecirlos. ¿De quién es la memoria de los artistas? ¿De quiénes osaron registrar sus nombres en un mundo capitalista en donde el apellido es marca? ¿Del poder estatal? ¿Del ministro de turno?...”. Editorial 139 de la Revista Arcadia, <http://www.revistaarcadia.com/periodismo-cultural-revista-arcadia/articulo/burocracia-cultural/63101>, consulta: 18 de julio de 2017.

creatividad no puede fabricarse por ley o por decreto, la cultura tiene vida propia y puede desarrollarse sin una ley de cultura o sin un Ministerio de Cultura, pero nunca podrá existir sin la capacidad de crear de las personas, porque la creatividad siendo libre, como libre debe ser la posibilidad de expresar artísticamente la creación, es inherente a la naturaleza y la dignidad humana.

En Ecuador son evidentes las prácticas clientelares y la manipulación de las expresiones culturales a través de festivales, ceremonias, fiestas, homenajes, y espectáculos en las calles y plazas, que empiezan a operar como sustitutos de la creación artística, ahogando con frecuencia la verdadera naturaleza dinámica e innovadora de la cultura ecuatoriana, bajo la idea recurrente que la cultura es una gran escenografía para hacer una exhibición artificial de una supuesta pluralidad democrática, con la justificación de democratizar el consumo masivo de las artes y garantizar la participación popular, y esta errada práctica cultural, como ya anotamos antes, exhibe con altivez las expresiones popularmente más rentables, al tiempo que, intencionalmente oculta otras sobresalientes expresiones artísticas más complejas, controvertidas, provocadoras o que susciten la reflexión, de modo que el apoyo estatal se muestra abiertamente en favor de la cultura del espectáculo y se resiste a potenciar un mejoramiento en el desarrollo de la cultura ecuatoriana.²⁹⁹

Evidentemente, la democracia cultural participativa en Ecuador, está severamente disminuida por una injerencia gubernamental en la cultura que data de hace varias décadas, y que está caracterizada por una práctica clientelar, que no siendo un tema reciente, sino más bien una práctica histórica reiterada, lo menos que se espera a partir de la vigencia de una Constitución democrática y garantista de derechos, es que se corrija esta situación, desde una correcta interpretación de los principios constitucionales y con la implementación de una legislación secundaria coherente, que no se deje seducir ni por los mecanismos de persuasión del poder cultural, ni por las novelorías del nuevo pragmatismo gerencial.

Garantías a la libertad de creación y expresión artística

La Constitución ecuatoriana al referirse al régimen del buen vivir en sus arts. 340 y 341, señala que la protección integral que asegura

²⁹⁹ "Por lo general, a estos espectáculos asisten personas de diferentes edades y ambos sexos para quienes las motivaciones principales para asistir son la música, el baile, los/las artistas y el consumo de alcohol (lo que denominan como 'el ambiente' que se desarrolla en estos lugares)". Alfredo Santillán y Jacques Ramírez, "Consumos culturales urbanos: El caso de la tecnocumbia en Quito", *Iconos*, n.º 18 (1988): 47.

el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución, funcionará, por medio de sistemas especializados, cuyo objetivo principal es precautelar cualquier tipo de vejación a la dignidad humana; pero además, la Constitución ecuatoriana trae en sus arts. 424, 425, 426, 427 y 428, unos principios muy claros que evidencian el grado jerárquico de las normas y su funcionamiento en el sistema, de modo que la supremacía de los derechos como criterio de interpretación, en teoría va a permitir que en el sistema ecuatoriano sea posible encontrar soluciones humanistas a las antinomias que pudieran producirse, constituyendo el rasgo más significativo del modelo implementado.

El art. 11 de la CRE de 2008, constituye sin lugar a dudas, el precepto más importante para el funcionamiento del sistema constitucional de derechos en Ecuador, está conformado por nueve numerales, que expresan la fuerza y el énfasis que la Asamblea Constituyente de 2008, quiso dar a la tutela, protección y garantía de los derechos de las personas, sin embargo hay un principio que vale la pena destacar, y es aquel que señala que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución, el cual relacionado con el tipo de Estado, configuran un modelo garantista de derechos en el cual se maximizan los derechos y las libertades y se minimiza el ejercicio autoritario del poder por parte de gobernantes y servidores públicos.³⁰⁰

A esto se suma el reconocimiento expreso de la inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia, igualdad de jerarquía y aplicación directa de todos los derechos, aplicación preferente de los derechos humanos contenidos en tratados e instrumentos internacionales en caso de ser más favorables que los derechos contenidos en la Constitución, y el principio de no exclusión de aquellos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento; configurando con nitidez un sistema de derechos constitucionales que en teoría constituye en nuestro criterio y coincidiendo con la opinión de Ferrajoli,³⁰¹ el más avanzado del mundo, aunque evidentemente reconocemos que los

300 Evidentemente la inspiración viene de las teorías del jurista Luigi Ferrajoli, expuestas en varias de sus obras, en este trabajo nos referimos principalmente a las ideas desarrolladas en sus libros *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez (Madrid: Trotta, 1999); *El garantismo y la filosofía del derecho* (Bogotá: FES, 2000).

301 Luigi Ferrajoli afirma: "Ecuador tiene seguramente la Constitución más avanzada del mundo ahora; sin embargo el problema es su efectividad, que solo se obtiene con la introducción de garantías institucionales adecuadas". La conferencia integra puede leerse en *Podium* n.º 20 (2011): 31-46.

problemas que encontramos en su aplicación son de eficacia, efectividad, y eficiencia, de modo que:

Se deberá evaluar la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para alcanzar el fin propuesto (*eficacia*).

La capacidad de las normas “instrumento” de conseguir el objetivo pretendido, es decir el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios (*efectividad*).

Si los medios para conseguir estos objetivos son adecuados y si se consiguen con el mínimo costo posible (*eficiencia*).³⁰²

En materia de libertad de creación y expresión artística, el sistema constitucional ecuatoriano la tutela y garantiza plenamente, para lo cual operan tanto los principios constitucionales como las garantías.

La libertad de creación y expresión artística es una expresión de la vida humana y por tanto de su dignidad, al ser consustancial a la condición humana, ya que solamente los seres humanos pueden crear y expresar arte; partiendo del elemental derecho a la vida, todo ser humano no solamente debe existir sino que debe gozar de una vida digna, y justamente uno de aquellos atributos será la capacidad de crear y expresar el arte, considerada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, un derecho fundamental, toda vez que “constituye el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad”.³⁰³

El libre desarrollo de la personalidad, evidentemente, se expresará de manera amplia, mediante la libertad de creación y expresión artística, al punto que ni siquiera podríamos entender la existencia misma de la especie humana y su cultura, si no es a partir de la creatividad del arte y su difusión. Es por ello que el art. 4 de la Constitución reconoce que inclusive el territorio ecuatoriano es una unidad geográfica que posee una dimensión cultural, destacando la existencia de un espacio en el planeta Tierra, en el cual existen unas expresiones de la creatividad individual y colectiva de unas personas que conviven en él.

Crear y expresarse artísticamente es un derecho de todas las personas, y si bien la jurisprudencia ecuatoriana no ha hecho un pronunciamiento expreso como la colombiana, por el principio de igualdad de jerarquía, constituye un derecho de libertad plenamente garantizado y justiciable.

302 Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: CCE, 2013), 51.

303 Sentencia n.º T-104/96, Corte Constitucional Colombiana <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-104-96.htm>, consulta: 28 de enero de 2014.

Las garantías al derecho de libertad de creación y expresión artística son: de carácter normativo, a través de las políticas públicas y de acciones jurisdiccionales, según lo estipula el modelo constitucional ecuatoriano.³⁰⁴

Las garantías normativas, expresadas a través de las normas infraconstitucionales, deben garantizarla adecuadamente, y en este ámbito será la Ley Orgánica de Cultura de Ecuador, la encargada de desarrollar los avances constitucionales de la materia, el art. 1 de la ley manifiesta que el objeto de esta ley es definir las “competencias, atribuciones y obligaciones del Estado, los fundamentos de la política pública orientada a garantizar el ejercicio de los derechos culturales y la interculturalidad; así como ordenar la institucionalidad encargada del ámbito de la cultura y el patrimonio a través de la integración y funcionamiento del Sistema Nacional de Cultura”.

Lo que indica claramente los temas trascendentales que la norma legal va a regular: competencias y atribuciones del Estado, fundamentos de la política pública para la garantía de los derechos culturales y la interculturalidad, y organización de la institucionalidad cultural.

En cuanto a los fines de la ley, la libertad de creación aparece como uno de ellos en el lit. b) del art. 3, aunque consideramos que en la redacción de este precepto se debió haber hecho una referencia explícita a la libre expresión artística para garantizar adecuadamente esta libertad cultural y evitar interpretaciones sesgadas.

Las políticas públicas, según la Constitución emanarán del Sistema Nacional de Cultura, sin embargo hay una cuestión que merece destacarse respecto de este tema, y es que el inc. 2, del art. 378 expresa que la rectoría respecto al sistema estará en un *órgano competente*, es decir una agencia operativa de la administración pública.

La palabra rectoría, según la Academia española, tiene tres acepciones: empleo, oficio o jurisdicción del rector, oficina del rector y casa donde vive el rector.

Entendemos que rectoría viene de la palabra rector, que por su parte se refiere a quien rige o gobierna, esto quiere decir que seguramente el constituyente en la redacción, no quiso decir abiertamente que habrá un órgano gubernamental que va regir, pues seguramente esta palabra que significa gobernar, mandar, conducir, habría sido muy poco gentil con los artistas y creadores, no obstante, el art. 25 de la Ley Orgánica de Cultura,

304 Las garantías constitucionales son importantes porque permiten oponerse a la arbitrariedades del poder, sin embargo su naturaleza es paradójica pues su implementación esta destinada a eliminar cualquier forma de resistencia a través de un encausamiento normativo orbicular, autoreferencial y cerrado. (Nota del autor)

sí se refiere expresamente a la rectoría del Sistema Nacional de Cultura,³⁰⁵ y señala lo siguiente:

Le corresponde al Ministerio de Cultura y Patrimonio ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Cultura.

La rectoría comprende la formulación, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, planes, programas y proyectos, así como la elaboración y ejecución presupuestaria, que serán aplicados bajo los criterios de descentralización y desconcentración política y administrativa, acción afirmativa y demás preceptos establecidos en la Constitución de la República, en esta ley y en otras normas relacionadas.

Esta capacidad de regentar el sector cultura por parte del Estado tiene como límites infranqueables, el respeto a la libertad de creación y expresión artística, la interculturalidad y la diversidad, pese a que y ante la interrogante de si es posible que existan elementos capaces de poner obstáculos o imponer restricciones a la libertad de creación y expresión artística en concreto, la respuesta es afirmativa, ya que las vulneraciones pueden venir, tanto del Estado como también de agentes no estatales tales como medios de comunicación, instituciones educativas, autoridades religiosas, líderes tradicionales, empresas privadas, comerciantes, patrocinadores, grupos de la sociedad civil, etc. Siendo las principales motivaciones el uso del arte para participar en el debate público, las distintas posiciones políticas, la crítica desde el arte, cuestiones de orden religioso, discriminación, y hasta la protección de intereses económicos o políticos.

En lo que tiene ver con la política cultural, según el art. 8 de la ley, dispone que las entidades, organismos e instituciones del Sistema Nacional de Cultura ejecutarán políticas que promuevan la creación, la actividad artística y cultural, las expresiones de la cultura popular, la formación, la investigación, el fomento y el fortalecimiento de las expresiones culturales; el reconocimiento, mantenimiento, conservación y difusión del patrimonio cultural y la memoria social y la producción y desarrollo de industrias culturales y creativas.

A pesar de ello, se considera que hay que cuidar que la implementación de las políticas culturales no lleguen a convertirse en un ejercicio de premios y castigos, según la simpatía del gobierno de turno, y peor aún decisiones de oficina tomadas por burócratas que se vuelven mecenas con dineros públicos, y que a sabiendas que la libertad de creación cultural y

305 Sin lugar a dudas, la cultura es el más importante campo de resistencia, contra hegemonía, lucha anticolonial y reafirmación de nuestra particular identidad, por lo tanto, es un campo de batalla política e ideológica, y el sistema de cultura aparece como la herramienta más idónea del Estado para vigilar, controlar y someter los procesos y expresiones culturales emancipatorios. (Nota del autor)

expresión artística en su aspecto positivo requiere por parte del Estado de la garantía de algunos derechos derivados de ella, tales como derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa; en la práctica resuelven todo desde la más absoluta discrecionalidad.³⁰⁶

Es por ello que el sistema de derechos constitucionales deberá erigirse en un auténtico garante de la libertad de creación y libertad artística, entendiendo que en el mundo hasta el momento no existe ni acuerdo ni certeza sobre lo que es el arte, que no toda obra de arte es comunicativa, que no es posible trasladar los parámetros de la libertad de expresión general a la creación y expresión del arte, y que la tutela de la libertad en el arte, está íntimamente ligada con las concepciones de todo un pueblo sobre la cultura y su tradición libertaria, pues el origen de la nación ecuatoriana está en las luchas independentistas por la libertad.

Que el creador tenga un entorno favorable, unas garantías efectivas y recursos suficiente para proteger su creación y expresión artística es tan importante para el Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, como lo es proteger la libertad de asociación de los trabajadores, la libertad religiosa, la libertad de expresión de los periodistas, o la libertad de empresa, observación en la que insisto, pues el hecho de considerar irrelevantes los conflictos vinculados al ejercicio de las libertades culturales, en especial, la libertad de creación y expresión artística, revela el ínfimo compromiso del sistema por tutelar todas las dimensiones de la dignidad humana, y una escasa formación filosófica y política de los juristas nacionales.

En la cotidianidad del arte, es indiscutible que la creación y la posibilidad de mostrar lo creado en forma libre, deberá ser el núcleo de toda política cultural, y frente a esa libertad el sistema constitucional de derechos, debe mostrar absoluta coherencia.

En Ecuador se produce un caso polémico que evidencia la incoherencia de la política pública, con las acciones que algunas veces toma la Superintendencia de Información y Comunicaciones SUPERCOM,³⁰⁷ que contrasta con la falta de garantías que impiden que se establezca una clara diferencia entre libertad de expresión, en general, y libertad de creación y

306 Hay que señalar que la cultura no se regula, y su dinamismo no puede ser ordenado, permitido o prohibido; la solución burocrática es ejercer una gestión sujeta a la libre potestad del gobierno o autoridad de turno, es por ello que para controlar el ejercicio de la democracia cultural participativa, se dispone el establecimiento de un *Consejo ciudadano sectorial* en el artículo 18 del Reglamento general a la Ley Orgánica de Cultura, con lo cual la participación ciudadana en el sector cultura, queda sujeta a la autoridad omnimoda del Estado. (Nota del autor)

307 "Art. 55, inc. 1 de la Ley de Comunicación: "La Superintendencia de la Información y Comunicación es el organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con capacidad sancionatoria, de administración descentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; que cuenta

expresión artística; revelando las tensiones que venimos advirtiendo desde la teoría.

Constituye un caso paradigmático, el expediente levantado por la SUPERCOM, respecto a una caricatura realizada por el caricaturista Xavier Bonilla Zapata (Bonil) cuya temática se refiere a una diligencia previa, en virtud de la cual, la noche del 26 de diciembre de 2013, personal de la Fiscalía General del Estado y un equipo de policías del grupo de intervención y rescate ingresaron, al domicilio de Fernando Villavicencio, un reconocido opositor del Gobierno de Rafael Correa, buscando pruebas de un presunto espionaje al presidente de la República y otros altos funcionarios del gobierno; el caricaturista Bonil grafica el acontecimiento en una viñeta satírica que se publica en diario *El Universo*, el 28 de diciembre de 2013.

La caricatura de Bonil, molestó al presidente Rafael Correa, quien no dudó en manifestar en forma pública su enfado en el Enlace ciudadano n.º 306, situación que motivó la intervención de la recién creada Superintendencia de la Información y Comunicación —SUPERCOM—.

El procedimiento empieza mediante el reporte interno SUPERCOM n.º 001-2014, de 10 de enero de 2014, durante el trámite el accionado no expresa en su defensa la condición de expresión artística en su caricatura, sino que habla de *opinión gráfica humorística*, tanto en la audiencia celebrada el 28 de enero de 2014, el abogado defensor de Xavier Bonilla manifiesta que la caricatura no es una forma de información, ni de opinión.³⁰⁸

El superintendente de comunicación, decide imponer una sanción pecuniaria a diario *El Universo*, y además dispone que el caricaturista rectifique el texto que consta en la parte inferior de su caricatura.³⁰⁹

Las interrogantes que surgen son varias: si la Constitución prohíbe la censura previa, ¿Cómo puede sancionarse a diario *El Universo* por no haber impedido la publicación de la viñeta en sus páginas? ¿El contenido de la caricatura fue opinión de su autor o del Diario? ¿Dónde queda la responsabilidad ulterior? ¿Siendo Bonil un caricaturista debe responder como comunicador social? ¿Por qué no se analizó el carácter artístico de la caricatura? ¿Una caricatura por el hecho de ser publicada en un periódico pierde su naturaleza artística? ¿Es procedente ordenar la rectificación a una caricatura?

con amplias atribuciones para hacer cumplir la normativa de regulación de la Información y Comunicación". La Ley Orgánica de Comunicación se publicó en el RO 22 del martes 25 de junio de 2013. (Nota del autor)

308 Amplia información en las piezas procesales del Trámite 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014.

309 SUPERCOM, Resolución n.º 001-DNGJPO-INPS,

El caso resulta interesante para esta investigación, pues desde cierta perspectiva, bien podría constituirse un primer conflicto entre el gobierno y la libertad de creación y expresión artística, pese a que, la primera cuestión a resolverse sería intentar determinar si se trata de un asunto que involucra simplemente la libertad de expresión o si, efectivamente, se va a tocar asuntos relacionados a la libertad de creación y expresión artística, puesto que la correcta determinación del tipo de libertad que estamos analizando, es lo que va a hacer la diferencia.

Para empezar a analizar el tema, es indispensable reflexionar acerca de si una caricatura es una expresión artística o simplemente una opinión periodística manifestada en forma gráfica, y en este tema hay criterios contrapuestos en uno u otro sentido, y justamente allí es donde radica la dificultad del asunto, ya que, según el *Diccionario de la lengua española*, caricatura es un “Dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien” y “obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto”, en consecuencia, la dificultad persiste, de modo que la interrogante se mantiene ¿la caricatura es un género artístico o un género periodístico? Pues si bien no podemos negar que la caricatura es una expresión creativa que por medio de dibujos e ilustraciones hace representaciones exageradas en forma de parodia, al mismo tiempo, es una herramienta comunicacional generalmente asociada con la prensa escrita.

Durante el debate generado sobre el tema, la discusión se ha centrado en la libertad de expresión en general y en la responsabilidad compartida del periódico en el cual apareció publicada la viñeta, y no se ha tocado si existe o no un elemento artístico de la viñeta, sin considerar que:

el derecho a la creación y producción literaria, artística y científica es un derecho similar, pero distinto del derecho a la libertad de expresión, ya que este último tiene por objeto la libre manifestación de ideas y opiniones, mientras que aquel tiene por objeto el reconocimiento y la protección de la concreta forma que una persona ha decidido darle a su creación literaria, artística y científica. Reconocimiento y protección que exigen tutelar a la persona tanto en la fase de creación como en un momento posterior, una vez que la obra ha sido creada.³¹⁰

Hay que señalar que el caso Bonil iniciado en el año 2014, fue resuelto en el 2017, cuando el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 2, con sede en Guayaquil, declaró la nulidad de la resolución emitida por la Superintendencia de la Información y Comunicación SUPERCOM, contra el caricaturista Xavier Bonilla y diario *El Universo*.

310 Javier Plaza Penades, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1, b) de la Constitución* (Valencia: Tirant le Blanch Valencia, 1997), 320.

En el año 2007, el TEDH, conoció el caso *Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria*, en el cual consideró que una caricatura cae en la esfera de la sátira, y siendo por tanto una forma de expresión artística, debía gozar de una libertad mayor que la simple libertad de expresión por su forma artística, esta sentencia emblemática se considera uno de los mayores avances en el reconocimiento de la libertad artística.³¹¹ Posición con la que concuerda totalmente este estudio, y que revela que efectivamente el caso Bonil, es el primero en revelar las tensiones sobre la libertad de creación y expresión artística, pues siguiendo la orientación que nos brinda el TEDH, la caricatura constituye una forma de expresión artística, y el hecho de no haber tomado en cuenta esta cuestión absolutamente vital, para el tratamiento de este caso, permitió que la SUPERCOR se convierta en un desproporcionado juzgador de la libertad de creación y expresión artística. Además, sin lugar a dudas, tanto el expediente administrativo tramitado como su resolución son totalmente nocivos para la tutela y garantía de los derechos y libertades culturales, especialmente para el derecho a la libertad de creación y expresión artística, que resulto severamente debilitada.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales, consideramos que la acción de protección sería la idónea para evitar cualquier vulneración a la libertad de creación y expresión artística, toda vez que la acción de protección tiene por objeto “la tutela de derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y consecuente reparación integral de los daños causados por su violación”.³¹²

Hasta el momento no existe una sentencia en la Corte Constitucional ecuatoriana ni en los juzgados de primer nivel, sobre libertad de expresión artística, a diferencia de otros países como Colombia, Chile, o España, en los cuales si bien no existe una gran jurisprudencia sobre el tema, si podemos encontrar algunas resoluciones puntuales.

Creemos que en un momento histórico en el cual formalmente Ecuador, ingresa a un constitucionalismo cultural, es de vital importancia entender cómo opera el sistema de derechos constitucionales y, particularmente, las garantías a tales derechos, para tutelar las libertades culturales desde la perspectiva del Estado constitucional democrático de derechos y justicia, lo cual evidentemente va a revelar si en verdad existe un auténtico compromiso por los derechos en general y por la cultura en especial.

311 TEDH, Caso *Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria* Aplicación n.º 68354/01 de enero 25 de 2007.

312 Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia n.º 0140-12-SEP-CC, de 17 de abril de 2012, caso n.º 1739-10-EP.

Es por ello que no debemos conformarnos con que la Asamblea Nacional haya cumplido tardíamente con su obligación de elaborar un cuerpo normativo, con algunas garantías normativas, pues también en materia de libertades culturales es sumamente importante la eficacia, efectividad, oportunidad y eficiencia de las garantías jurisdiccionales, cuando se trate de cuestiones relativas al amparo de los derechos y libertades culturales, pues lamentablemente en Ecuador, todavía seguimos creyendo que estos asuntos por ser de índole cultural, son temas o aspectos de ínfima trascendencia.

Tal y como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, estamos convencidos que la cultura, como expresión de la dignidad humana, constituye uno de los fundamentos del Estado ecuatoriano, caracterizado por un vanguardista compromiso con los derechos y libertades, de modo que para la teoría constitucional de la hora presente el concepto de cultura, se vuelve notablemente amplio, pues, abarca el conjunto de valores, ideas, creencias, diferencias y formas de convivencia de los ecuatorianos, que dan contenido al pacto de convivencia social contenido en la Constitución.

No obstante, y aunque el discurso políticamente correcto tiende a señalar que el respeto a la libre creación y expresión del arte, asociado al fomento de la cultura y a la protección del patrimonio cultural se traduce en un interés público, la realidad es distinta, porque la relación entre la libertad de creación y expresión artística y la intervención del Estado en el cuidado y fomento del arte, generan una correlación tensa antes que de recíproca colaboración;³¹³ toda vez que el derecho pretende imponer al arte y a los artistas un orden semejante a las que se aplican a las relaciones de producción de mercancías y a la regulación del trabajo, por tanto, condiciona el mercado del arte, define los contornos contractuales, establece las obligaciones de la práctica de los creadores y artistas, e implanta controles generales de la expresión creación y expresión artística, bajo normas jurídicas positivas, con argumentos tales como “el mantenimiento del orden público y la moral, el respeto a la autoridad, los derechos de autor y otros análogos”.³¹⁴

313 “Esa es la transgresión que me interesa, la transgresión de la ley del Estado, sin politización civil, la poesía es antisocial, porque la transgresión trágica conlleva un efecto liberador que es el encargado de medir el grado de represión de una sociedad, el grado de represión de la cultura. No se combate la mediocridad del poder haciendo un teatro político canónico, sino con aquello que Nietzsche llamaba la fuerza originaria, con la belleza, porque lo que va contra el poder es la transgresión de los límites de la cultura y de la ley.” Liddell Angélica, La poesía es la rebelión contra el Estado, https://elpais.com/cultura/2016/02/09/babelia/1455042695_683519.html, consulta 25 de julio del 2017.

314 Argumentos similares a los que hemos planteado en esta párrafo, han sido motivo de análisis también en el libro Costas Douzinas y Linda Nead, eds., *Law and Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1999).

Quienes desarrollan actividades vinculadas al quehacer del arte y la cultura, y requieren ejercer plenamente libertad de creación y expresión artística, requieren de un manto protector y medidas adecuadas, idóneas eficientes, eficaces y oportunas, frente a las amenazas que pudieran presentarse en contra de artistas y creadores, y que “pueden dimanar de leyes, y normas opresivas, pero también pueden ser resultado del temor a la coacción física o económica”.³¹⁵

Debido a las prácticas autoritarias de los funcionarios de la SUPERCOM, esta entidad fue eliminada con las reformas a la Ley Orgánica de Comunicación de Ecuador del año 2018.

En conclusión, de nada nos servirá contar con una normativa infraconstitucional, políticas públicas y garantías jurisdiccionales, si son ineficientes o poco efectivas, por falta de interés del propio Estado, o por indolencia de los operadores del sistema de derechos constitucionales.

Debemos destacar que si no existe un cambio profundo en la forma como entendemos el quehacer intelectual y artístico en Ecuador, sin lugar a dudas las condiciones objetivas de realización de las libertades culturales, siempre estarán en una situación de contingencia e inseguridad jurídica, y las garantías para el resguardo de la libertad de creación y expresión artística en la práctica se advierten como inútiles, frente a los imperativos del poder que las desdeña, reiterando su ímpetu opresivo.

La libertad de creación y expresión artística y su relación con otras libertades culturales

Existe una evidente relación de la libertad de creación y expresión artística con otras libertades culturales, partiendo del principio contemplado en el art. 11, num. 6 de la Constitución ecuatoriana que manifiesta que “Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles y de igual jerarquía”, el cual evidentemente ha sido recogido de la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobado en la Conferencia de Derechos Humanos del año de 1993,³¹⁶ que manifiesta en su apartado 5 que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes

³¹⁵ Shaheed, “El derecho a la libertad”.

³¹⁶ La Declaración y el Programa de Acción de Viena fue aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 su importancia radica en que logró poner de relieve el carácter indivisible e interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, que se refuerzan mutuamente. La Declaración y el Programa de Acción de Viena reforzaron importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos. (Nota del autor)

y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".³¹⁷ En consecuencia, si los derechos son indivisibles e interdependientes, es obvio que el nexo entre libertades culturales es connatural, y la lectura que hace de todos los derechos desde la lógica del constitucionalismo ecuatoriano, apuesta no por la jerarquización, sino por un enfoque de carácter transversal, que apuntando hacia la simbiosofía³¹⁸ constituya una auténtica orientación para el buen vivir.

Continuar discutiendo acerca de qué derecho tiene preeminencia es una cuestión ideológica, luego aquello significa desconocer la dignidad intrínseca del ser humano como fundamento esencial desde el cual podemos entender y justificar, tanto a los derechos constitucionales como a los derechos humanos, de modo que los derechos culturales no podrán separarse de los demás y de ningún modo, merecen menos atención que el derecho a la salud, la educación, al trabajo, a la libertad de empresa, al debido proceso o cualquier otro, pues los principios de indivisibilidad e interdependencia niegan cualquier intento por disociar, distinguir jerarquías, o categorizar derechos, lo que significa que el Estado de ninguna manera puede favorecer un determinado derecho o categoría de derechos, sobre o peor aún en detrimento de otros, ya que todos requieren la misma atención y urgencia, y la conculcación por acción u omisión de un derecho termina afectando a todos, y por tanto a la dignidad humana.

Por consiguiente, la libertad de creación y expresión artística está vinculada a todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, debidamente suscritos por el Estado ecuatoriano, sin embargo y con fines exclusivamente didácticos, vamos a subrayar la relación con las libertades culturales que finalmente desde una perspectiva holística conforman y refuerzan el derecho de crear y expresar arte en libertad.

317 El texto completo de la Declaración y programa de acción de Viena puede consultarse en la página web [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp), consulta: 24 de febrero de 2014.

318 La simbiosofía no es otra cosa sino la sabiduría de vivir juntos, un concepto manejado por pensadores como Edgar Morin, pero que poco a poco va teniendo otros desarrollos, por ejemplo se empieza a hablar de una simbiosofía pluricultural ontológica, cuya esencia espiritual constituye un elemento emergente para la gestión ética del futuro, todo ello claro está desde un enfoque holístico del ser humano y del propio universo desde la perspectiva de la conciencia, donde todos los seres estamos interconectados. Para ampliar el tema sugerimos la lectura del libro: Martínez Ocaña Emma, *Espiritualidad para un mundo en emergencia* (Madrid: NARCEA, 2014). (Nota del autor)

Libertad de creación y expresión artística e identidad cultural

El art. 21 de la CRE de 2008 se refiere en un inicio a la libertad que tienen los ecuatorianos para elegir la identidad cultural, elegir en libertad su pertenencia a una o varias comunidades culturales y expresar dichas elecciones, evidentemente que se trata de una libertad pública, por cuanto se está reconociendo en un sentido positivo que toda persona, de manera libre y sin interferencias de ningún tipo escoja la identidad cultural que prefiera; derecho de libertad completamente coherente con el diseño constitucional de derechos, y el carácter intercultural y plurinacional del Estado ecuatoriano, que tiene que ver con el sentido de pertenencia, a una colectividad, un grupo o sector social, y por tanto se relaciona con cuestiones familiares, vecinales, comunitarias, locales, regionales, nacionales, etc.

Pues bien, la identidad cultural³¹⁹ es altamente perceptible en la creación y expresión artística, pongamos como ejemplos al pintor Cristóbal Ortega Maila, artista quiteño, originario de la comunidad de Collacoto, cuya obra fruto de su capacidad creativa, expresa la cosmovisión de los pueblos andinos, al grupo Ujsha Rock, integrado por músicos indígenas del sector Chibuleo, provincia del Tungurahua, que tiene una propuesta de rock, género nacido en los EE. UU. en la década de 1950, la cantante Valentina López, que compone sus canciones y canta en inglés, lo que evidencia como muchos creadores nacionales, con su obra y sus formas de expresión artística retratan toda la diversidad cultural de Ecuador, sin caer en encasillamientos.

El Estado no solamente debe abstenerse de intervenir, sino que debe crear las condiciones para que las elecciones identitarias, puedan expresarse con la mayor amplitud, puesto que aún persiste la tendencia a privilegiar ciertas expresiones bajo un nacionalismo cultural, entendible, pero no siempre beneficioso para la creación artística ecuatoriana, tal es el caso, por ejemplo, del financiamiento reiterado de los pasillos emblemáticos de Ecuador, frente al poco apoyo y la casi inexistente promoción de nuevos pasillos compuestos por nuevos creadores u otras expresiones musicales, lo que evidencia cierto contrasentido, que es detectable no en la norma constitucional sino en la aplicación de una política cultural concreta.

319 Es importante hablar del derecho a la identidad cultural como derecho humano pues su restricción u opresión vulnera la dignidad humana; sin embargo al no existir ningún acuerdo internacional que garantice y tutele este derecho, en la practica se protege la identidad cultural únicamente a través del fortalecimiento de sus componentes culturales. (Nota del autor)

Existe una profunda relación entre libertad de creación y expresión artística y libertad de elegir la identidad cultural, pues la primera permite justamente materializar, expresar y exteriorizar tal elección, además de posibilitar que las personas reconozcan y respeten su pertenencia, que puede ser como lo determina el texto constitucional a una o varias comunidades culturales, de modo que una persona puede ser ecuatoriano, costeño, afrodescendiente, rastafari, al mismo tiempo, pues la pertenencia cultural múltiple, de una misma persona está plenamente garantizada por la Constitución y por tanto podrá crear y expresar artísticamente dicha identidad de forma totalmente libre.

De modo que, la vulneración de la libertad de creación y expresión artística, conducirá inminentemente a una grave afectación de la identidad cultural, ya que “el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos”.³²⁰

Libertad de creación y expresión artística y libertad estética

La libertad estético-artística, que no solamente tiene que ver con la expresión corporal, sino que es un derecho mucho más complejo, sobre el cual nos vamos a referir en forma muy general, debido a que no es el centro de la presente investigación. “Es pues, la vida estética, la libertad estética, el estado intermedio para pasar del estado pasivo de la vida sensible al activo de la vida racional; porque la belleza no produce resultados para el intelecto y la voluntad, pero tampoco se ocupa del pensamiento, sino que proporciona fuerza a ambos”.³²¹

Todo creador o artista tiene derecho a exteriorizar en completa libertad su postura estética a través del arte, puesto que la creación y la forma como esta se expresa encontrará en la libertad estética uno de sus fundamentos más profundos; se ha relacionado mucho la forma de vestir, el uso de maquillaje, tatuajes, o el uso de exóticos cortes de cabello, como elementos importantes vinculados directamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin embargo creemos que en el espacio artístico este

320 Corte IDH, caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones) párrafo 213. El texto completo de la sentencia está disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf, consulta: 25 de febrero de 2014.

321 Casadesú Ricard, “Lo estético como mediador de lo moral y lo político en la historia de la razón”, <https://revistas.upcomillas.es/index.php/pensamiento/article/viewFile/976/827>, consulta 26 de julio del 2016.

respeto a la diversidad de formas y apariencias es vital, pues no se podría concebir las libertades culturales, si la libertad estética del artista o el creador no está debidamente garantizada; ya se ha visto a través de la historia como diversas formas de censura se han implementado justamente por la intolerancia hacia ciertos tipos de expresiones estéticas.

Libertad de creación y expresión artística y el derecho a difundir sus expresiones culturales en el espacio público

Al referirse al espacio público, Fernando Carrión manifiesta:

Según Guillermo Dascal (2003), el espacio público puede cumplir distintas funciones en la ciudad, al extremo de que es factible encontrar posiciones extremas y contradictorias que lo conciben como un espacio de aprendizaje (Joseph Isaac), ámbito de libertad (Habermas) o lugar de control (Foucault). En otras palabras, el espacio público es un ámbito o escenario de la conflictividad social que puede tener una función u otra, dependiendo de los pesos y contrapesos sociales y políticos.³²²

El concepto utilizado parece adecuado, ya que identifica claramente que el espacio público es sin lugar a dudas un espacio en disputa entre la libertad y la dominación, y justamente el control de las actividades artísticas que pretenden expresarse en este, generan controversias, puesto que el Estado se convierte en el dueño absoluto del espacio público, y la burocracia decide antojadizamente su uso imponiendo la lógica de la dominación desde el discurso del orden y la legalidad, el cual se enfrenta a las lógicas creativas extra legales que generalmente nacen de las iniciativas artísticas, que reivindican el hecho de que “tener espacio significa tener libertad, libertad de dirigir, de ser, de relacionarse y viceversa; precisamente en toda sociedad la privación de espacio es la correlación de una posición subalterna o marginal en el sistema social”.³²³

Según el art. 23 de la Constitución vigente:

Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.

Disposición que reafirma lo explicado anteriormente, el reconocimiento de un derecho y, al mismo tiempo, el reconocimiento de la posibilidad de

322 Fernando Carrión, “Espacio público: Punto de partida para la alteridad”, <http://www.flacso.org.ec/docs/artfcalteridad.pdf>, consulta: 17 de mayo de 2016.

323 Amalia Signorelli. *Antropología urbana* (Barcelona: Anthropos, 1999), 53.

que existan unas limitaciones de carácter legal, destacando en esta parte que la Constitución es clara al señalar que dichos límites solamente pueden nacer de una ley, es decir de una norma originada en la Función Legislativa, es decir una norma jurídica de carácter general y obligatoria³²⁴ toda vez que el uso del espacio público constituye un derecho de las personas según el art. 11, num. 3:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (Énfasis añadido)

Lo que significa que las restricciones al uso del espacio público solamente pueden ser aquellas expresamente contempladas en un ley y no en ordenanzas, reglamentos u otras normas de inferior jerarquía, como generalmente ocurre en la práctica; y en lo que tiene que ver con la libre expresión artística en el espacio público, será la Ley Orgánica de Cultura la que establezca aquello.

El art. 5, lit. h) de la Ley Orgánica de Cultura manifiesta que todas las personas tienen derecho de participar y acceder a bienes y servicios culturales diversos en el espacio público, y el art. 115 del mismo cuerpo legal establece un modelo en función de dos redes: la primera denominada *Red de Espacios Escénicos* y una segunda designada como *Red de Espacios Audiovisuales* que pretende incorporar a lo público, lo privado y lo asociativo.

Hasta el momento, y en lo que tiene relación con la libertad de la que gozan los ecuatorianos para difundir en el espacio público sus expresiones culturales o artísticas, las restricciones se han dado, en particular, en función a las regulaciones municipales vinculadas al derecho a la ciudad,³²⁵

324 El Código Civil ecuatoriano define a la ley de la siguiente manera: "Artículo 1.- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común." Ver Congreso Nacional del Ecuador, *Código Civil Ecuatoriano*, Codificación 010-RO Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

325 Según el art. 1, num. 2 de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente

así por ejemplo en la ciudad de Cuenca, se aprobó el 6 de julio de 2012, una ordenanza municipal reguladora del uso del espacio público para arte grafiti y mural, que posibilita la realización de grafitis en ciertos espacios destinados por el Municipio para este fin, pero tutela el patrimonio arquitectónico impidiendo que esta forma de arte urbano se realice en el Centro Histórico.

Evidentemente, en cada uno de estos aspectos la libre creación y expresión artística constituye prácticamente la simiente misma de la cultura y se fortalece junto al derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, el cual tiene tres componentes vinculados entre sí que son: la participación en sí misma, el acceso a la vida cultural, y la contribución a la vida cultural.

En el apartado III de la Observación General n.º 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1, lit. a), del PIDESC, sección B, lits. b) y c) se establecen como obligaciones jurídicas específicas de los Estados, el respetar, proteger y cumplir, con la garantía de la libertad de expresión y la libertad de creación, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o un grupo.

En la CRE de 2008 este derecho humano transmuta en derecho constitucional, al ser recogido en el art. 66, num. 24 que resguarda el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

Con ello se reitera que la relación entre libertad de creación y expresión artística y espacio público es una problemática tan compleja como las nociones de democracia y de participación, en primer lugar porque vivimos en una sociedad donde las relaciones de poder generan dominación y explotación; además, de que no existe un ejercicio real de la democracia, porque al vivir en una sociedad que no garantiza verdaderamente la libertad, jamás habrá un acceso pleno al espacio público para el arte.

Por consiguiente, disputar el uso del espacio público³²⁶ al poder, como escenario para la expresión y creación artística, pone a prueba la tolerancia, la dinámica y el sentido democrático que implica la apropiación de la ciudad por parte de sus ciudadanos.

reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos. (Nota del autor)

326 Jürgen Habermas, en su trabajo *Further reflections on the public sphere* construye un concepto interesante sobre espacio público, destacando tres características principales: la inclusividad y accesibilidad para todos sin distinción, su carácter igualitario y compartido por todos los participantes, y finalmente, la apertura puesto que cualquier asunto puede ser expuesto a discusión entre todos los participantes del espacio público. (Nota del autor)

Libertad de creación y expresión artística y derechos a la comunicación e información

El art. 16 de la CRE de 2008 se refiere a la comunicación libre e intercultural, lo cual incluye —como no podría ser de otra manera— el comunicar y expresar la creación artística; este derecho se complementa con la libertad de opinión que incluye también el derecho a cambiar de opinión y esta opinión puede comunicarse a través del arte.

Aunque en Ecuador no tenemos un caso específico sobre libertad de creación y expresión artística, podemos revisar el ámbito internacional por medio de la casuística comparativa para ejemplificar aquello, por un lado recordamos la novela *La broma* del escritor checo Milan Kundera,³²⁷ publicada en 1967, obra literaria de contenido político inteligentemente manejado, que satiriza al comunismo stanilista; constituye uno de las mejores ejemplos para identificar cómo el arte puede generar opinión; esta obra a pesar de haber sido censurada en un inicio, hoy es uno de los libros más apreciados en el mundo entero.

Del mismo modo, hay un polémico caso ocurrido en España, que tiene que ver con el proceso³²⁸ por una presunta apología del terrorismo en contra del poeta comunista y cantante del género rap Pablo Hasél, personaje que mantiene una posición política definida y expresada abiertamente en sus textos y canciones, quien en un video difundido por YouTube manifiesta con su propia voz:

Hace dos años y medio fui detenido en la calle y diez policías registraron mi domicilio llevándose multitud de cosas tan peligrosas como libretas, libros, camisetas, fotografías, ordenadores, etc. No solo mías, también de mi familia. Luego me llevaron a la comisaría de Madrid y tras ser interrogado me dejaron tirado en un calabozo sin derecho a aseo ni siquiera algo para poder tumbarme o taparme. Al día siguiente pasé a disposición judicial y fui liberado con cargos. “[...] Que se entere la gente de que en este Estado solo hay libertad de expresión plena para los fascistas y que detienen y juzgan a personas por expresar sus ideas de justicia social”.³²⁹

Sobre el caso Hasél, se lo volverá a citar con mayor detenimiento más adelante, con el fin de analizar con mayor prolijidad la sentencia que finalmente condenó al artista a pena privativa de libertad, pues tal y como lo ha recogido la prensa, los magistrados Alfonso Guevara, Guillermo Ruiz

327 Milan Kundera, *La broma* (Barcelona: Seix Barral, 2001).

328 Procedimiento abreviado n.º 1/2014 procedimiento de origen: diligencias previas; Procedimiento abreviado n.º 17/2011, Sala de lo penal sección 3.ª Sentencia n.º 8/2014 (Nota del autor).

329 El video integro publicado el 19 de febrero de 2014, puede verse en <http://www.youtube.com/watch?v=7fO9HUCRzSc>, consulta: 5 de marzo de 2014.

Polanco y Antonio Díaz Delgado destacan que “la principal prueba de cargo ha sido su declaración inculpativa, ya que él mismo en el juicio hizo reconocimiento expreso de la autoría de sus canciones y se defendió diciendo que lo que había hecho era *ejecutar su libertad de expresión y de creación como artista*”.³³⁰ Con lo cual, el ejercicio de esta libertad de creación y expresión artística, que indiscutiblemente es un derecho constitucional y humano, en este caso en particular se transformó de una facultad inmanente a la dignidad de un ser humano a una forma de autoincriminación, según el criterio de los juzgadores.

Independientemente de la postura ideológica de quien realiza esta investigación y de nuestras preferencias estéticas o nuestros gustos musicales, resulta inquietante ver cómo los atentados a la libertad de creación y expresión artística son mucho más frecuentes de lo que se piensa, y lamentablemente uno de los derechos menos protegidos.

Este caso debe constituir para los ecuatorianos una alerta para que bajo el pretexto de controlar ciertos discursos no se vulnere la creación del arte y su libre expresión.

De todos modos, la CRE de 2008 en su art. 384, inc. 3, expresa que el Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con lo cual creemos que la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión serán tomados en cuenta en cuestiones relacionadas a esta materia, toda vez que: “El derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones *artísticas*, culturales, sociales, religiosas, políticas o cualquier otra índole”.³³¹ (Énfasis añadido)

Libertad de creación y expresión artística y derechos lingüísticos

Otro tema que no se puede dejar de lado es el referente a la libertad lingüística; es decir el derecho a expresarse libremente en una lengua determinada, cuyo antecedente más destacado a nivel internacional encontramos

330 Ver “El rapero Pablo Hasél, condenado a dos años de cárcel por enaltecer el terrorismo”, 1 de abril de 2014, *El Economista.es*, <http://www.eleconomista.es/espana/noticias/5671136/04/14/El-rapero-Pablo-Hasel-condenado-a-dos-anos-de-carcer-por-enaltecer-el-terrorismo.html#Kku8uQIZUnVE4ImR>, consulta: 10 de abril de 2014.

331 Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, *Interpretación sobre los principios enunciados en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 1*, puede leerse en la página web <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>, consulta: 24 de febrero de 2014.

en la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos,³³² que destaca el valor cultural de las lenguas, aspecto de gran importancia para la libertad de creación y expresión artística, pues no solamente debe garantizarse el crear y expresar arte, sino que esa creación pueda manifestarse en la lengua que su autor prefiera.

En España se publicó el libro *La caza de brujas: Censura y persecución contra el rock vasco* del escritor Mariano Muniesa,³³³ en el cual se denuncia con una aceptable documentación los casos de acoso y censura en contra de una expresión artística cuyo origen estaría en el llamado rock radical vasco de los años 80, integrado por grupos que en muchos casos por cantar en euskera, no solo que no son bien recibidos por la cultura oficial, sino que en ciertos casos han sido impedidos de expresar su arte; en el caso de Ecuador, por su carácter de Estado intercultural y plurinacional, no existe un actitud abiertamente discriminatoria contra el uso de las lenguas nativas, para expresarse artísticamente, sin embargo en la relación intercultural, las lenguas ancestrales cada vez más van cayendo en desuso, lo cual evidentemente es una pérdida irreparable para el acervo cultural ecuatoriano; sin embargo el art. 66, num. 20 de la CRE de 2008, hace referencia a la identidad personal y colectiva, como parte de los derechos de libertad, garantizando el derecho a desarrollar y mantener sus características materiales e inmateriales de identidad, entre ellas sus manifestaciones lingüísticas, entre las que naturalmente se encuentran las expresiones artísticas.

No obstante, no está por demás señalar que la Ley Orgánica de Cultura de Ecuador en su art. 5, lit. c) dispone el uso y valoración de los idiomas ancestrales y lenguas de relación intercultural, en la producción, distribución y acceso a los bienes y servicios culturales y artísticos; y fomentará los espacios de reconocimiento y diálogo intercultural.

La libertad de creación y expresión artística y el derecho a la independencia de los creadores artísticos

La independencia de los creadores es otra libertad cultural garantizada por la Constitución ecuatoriana de manera explícita en el art. 380, num. 3, para que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión, no restrinjan esta condición; una apuesta constitucional en favor del arte y del

332 La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos fue aprobada en Barcelona durante la Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos celebrada del 6 al 9 de junio de 1996. El texto de esta Declaración puede leerse en el sitio web de la UNESCO, <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/linguisticos.htm>, consulta: 25 de febrero de 2014.

333 Mariano Muniesa, *La caza de brujas: Censura y persecución contra el rock vasco* (Barcelona: Barcelos / Quarentena, 2013).

artista independiente, un concepto novedoso en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, más aún al no existir una definición más o menos consensuada sobre el tema y que se relaciona justamente a la creación y expresión del arte en libertad, una praxis alternativa al sistema oficial y del mercado del arte, capacidades de autocreación, apuesta por la autoproducción y autoedición, experimentación, ciertas implicaciones sociales, etc.³³⁴

La Ley Orgánica de Cultura de Ecuador, dentro del Título VIII.- Del subsistema de artes e innovación, en el capítulo 1, que se refiere a la composición, atribuciones y conformación del Subsistema de Artes e Innovación, art. 103, señala entre las atribuciones del subsistema, el asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación artística y producción cultural nacional en su diversidad; lo cual merece una observación, pues si la Constitución señala que la protección al artista independiente es una responsabilidad del Estado, en la norma secundaria se la asume como una atribución, con lo cual consideramos que se desfigura este avance constitucional.

Una responsabilidad del Estado significa el deber y el compromiso con todos sus ciudadanos de reconocer, garantizar y proteger un derecho constitucional, lo que conlleva medidas de abstenerse de interferir en el disfrute del derecho, la protección que impida que otras personas interfieran en el disfrute del derecho y el adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad del derecho, lo cual evidentemente es total y completamente distinto a una prerrogativa de carácter administrativo que tiene que ver justamente con la atribución de competencias para la gestión de la administración pública y que seguramente amparada en la *doctrina de la vinculación negativa*,³³⁵ la burocracia hará uso de la mayor discrecionalidad para condicionar la independencia de los creadores y de este modo tergiversará el espíritu de la norma constitucional. Por esta razón, se considera que la utilización de la palabra atribución en la ley, en lugar del vocablo responsabilidad, empleado en la Constitución, hace de esta norma, que se aleje del espíritu constitucional.

No se debe olvidar que detrás de esta tutela a la independencia de artistas y creadores está todo el discurso del *Ars gratia artis*, o sea del arte por

334 No debemos olvidar que la practica artística opone una resistencia al proceso identificador y homogenizador mediante su autonomía, estableciendo formas de acción libestarias. La autonomía del arte comienza a desarrollarse también en la Modernidad, y se desarrolla y en concordancia con la emancipación del sujeto. (Nota del autor)

335 Amplia información sobre el tema en Alejandro Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1994), y Alfredo Galán Galán, *La potestad normativa autónoma local* (Barcelona: Atelier, 2001).

el arte producto del principio de la libertad artística, un derecho autónomo aunque conexas a la libertad de expresión, como ya lo hemos señalado.³³⁶

En Ecuador, las dificultades que atraviesan los creadores y los artistas han hecho que la gran mayoría se vuelvan gestores culturales independientes y solamente unos pocos mantienen ciertos vínculos con empresas o son sujetos privilegiados del apoyo gubernamental. Sin embargo y sin lugar a dudas, es la independencia, la inventiva, lo disímil, y lo plural, lo que caracteriza a la producción artística ecuatoriana del arte, y seguramente fue esta la razón por la cual el constituyente consideró que debía dar cierto sustento a una realidad social inocultable, lamentablemente en la práctica los obstáculos para el arte independiente se mantienen a pesar de la promesa constitucional.

La libertad de creación y expresión artística y el derecho a acceder al arte

Constituyen dos caras de la misma moneda, tal y como se ha explicado con anterioridad, pues este derecho a gozar de las artes, consagrado en el art. 27 de la DUDH, es importante porque constituye una expresión al derecho a la libertad intelectual.

Junto con estos conceptos aparece el debate sobre la gratuidad del arte en el Estado constitucional de derechos y justicia, pues si la educación pública es gratuita y la salud pública es gratuita, la mejor manera de impulsar la democratización cultural, sería garantizar al pueblo ecuatoriano en general, el acceso a las artes en forma gratuita; no obstante, en Ecuador se produce un fuerte conflicto, cuando se pretende que la gratuidad se sustente sobre la explotación del trabajo de los artistas a quienes se les reconoce muy poco o nada por su trabajo creativo, generándose una paradoja democratizar el arte y la cultura, a partir de la precarización de intelectuales, artistas y creadores, hace insostenible el quehacer artístico-cultural, lo cual finalmente causa un daño irreparable a la producción nacional y desincentiva los incipientes emprendimientos artísticos y culturales.

Por otra parte, la llamada democratización de la cultura³³⁷ en Ecuador, en muchos casos ha terminado por consagrar al espectáculo de masas sobre

336 Sobre este tema recomendamos la lectura de Juan Fernando de La Iglesia y González de Peredo, Sara Fuentes Cid y Martín Rodríguez Caeiro, eds. *Notas para una investigación artística* (Pontevedra: Universidad de Vigo, 2008).

337 La noción de democratización de la cultura, considera a la cultura como un bien colectivo que debe llegar al mayor número posible de gente, y del mismo modo se debe estimular la demanda cultural entre la población, ofreciendo productos culturales, y potenciando el patrimonio artístico cultural de una determinada comunidad para su disfrute. (Nota del autor)

la cultura, o por poner ciertas expresiones del arte popular en función de campañas de imagen, con lo cual se ha perdido la perspectiva de las cosas, pues al final del día la expresión artística que merece apoyo será aquella que concita el aplauso y el gusto popular, y otras manifestaciones artísticas con otro tipo de estética tal vez menos complacientes o que se atreven a desafiar los gustos del público, son descartadas, vulnerándose así el derecho a la libertad de creación expresión artística y, por ende, todos los demás derechos y libertades culturales que el nuevo constitucionalismo ecuatoriano en teoría pretende garantizar.

Restricciones a la libertad de creación y expresión artística

En el presente trabajo se utiliza el término *restricciones* para referir a aquellas medidas que reconociendo que los derechos no son absolutos pueden ser delimitados en puntuales y distintos casos, en lugar del vocablo limitaciones que usualmente se usa en varios tratados, toda vez que al hablar de límites nos referimos a un fin, un grado máximo, un tope; puesto que un límite es hasta donde se puede llegar. En materia de derechos, estos siempre pueden ampliarse y evolucionar gradual y progresivamente como ha ocurrido a través de la historia.

Lo correcto, en nuestro criterio, es referirnos a restricciones, ya que estas estarán siempre condicionadas a un caso concreto, significa ajustar, estrechar o circunscribir y por supuesto no pone una frontera definitiva al ensanchamiento y aumento de cobertura de protección de un derecho.

En términos generales, no existen derechos absolutos, y los propios ordenamientos jurídicos nacionales en el caso de los derechos constitucionales, así como los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, determinan ciertos criterios para encausar el ejercicio de los derechos.³³⁸

La necesaria distinción entre restricción y límites significa que una restricción constituye una medida necesaria, razonable, proporcional y pertinente, aplicable únicamente en ciertos casos puntuales, mientras que el imponer un límite supondría el establecimiento de una frontera infranqueable,

³³⁸ "Las regulaciones a los derechos fundamentales resultan posibles y sobre todo necesarias para la preservación de la paz social, ante la imposibilidad material y formal de que el Estado le pueda garantizar a cada individuo el disfrute absoluto de sus derechos sin incurrir concomitantemente en violaciones a los derechos de los demás". Hines César, Limitaciones de los derechos fundamentales, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13329/14373>, consulta 26 de julio del 2017.

lo cual es absolutamente inaceptable, por ejemplo, en materia de libertad de prensa el Estado puede establecer en su ordenamiento con fines preventivos o correctivos una sanción proporcional a consecuencia de la responsabilidad ulterior, a quien en uso de su libertad de expresión afectó el honor de otra persona, lo cual constituye una restricción razonable en atención al derecho ajeno; aunque si se prohíbe la existencia de medios de comunicación, salvo los oficiales del gobierno, entonces nos encontramos ante un límite y por tanto ante una evidente anulación del derecho, he allí la diferencia.

En general, la doctrina reconoce algunas restricciones a los derechos, que se analizan en los siguientes párrafos.

El respeto al derecho ajeno

Considerando que todas las personas en su convivencia social merecen el pleno disfrute de sus derechos, no podría autorizarse que una persona ejerza sus derechos vulnerando los de otras, idea que está presente ya en Rousseau, quien considera que para obtener la libertad civil, o sea la que se ejerce en sociedad, la libertad individual debe ser de algún modo sacrificada³³⁹ y será el ordenamiento jurídico-nacional el que determine hasta donde llega el ejercicio de los derechos, sin que esta delimitación constituya una supresión, también a través de la jurisprudencia los Tribunales y Cortes Constitucionales de los Estados pueden hacerlo. En el caso de aquellos derechos consagrados en el DIDH, estas acotaciones se desarrollan en los propios tratados e instrumentos internacionales, en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En Ecuador se dio un caso que generó cierta tensión entre libertad de creación y expresión artística y el denominado respeto hacia la institucionalidad, el 4 de diciembre de 2008, cuando Ricardo Antón, entonces director ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas, increpó al artista Betto Villacís por haber creado y presentado su obra *Carvux Corax* en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil; el óleo mostró a un buitre con cuerpo humano vistiendo el uniforme institucional, al día siguiente del *impasse*, el vicerrector de ese centro de educación superior ordenó el retiro inmediato de la pintura.³⁴⁰

339 Esta tesis es ampliamente desarrollada en Jean Jacques Rousseau, *El contrato social* (Madrid: Edef, 2004).

340 Una nota interesante sobre este tema lo realizó Gabriela Calderón de Burgos, bajo el título *Un buitre-policia pone a prueba la tolerancia de un funcionario*: "Los ecuatorianos de mi generación debemos recordar siempre que fueron algunos estudiantes de la Universidad Católica, durante el Gobierno de Rafael Correa, quienes estuvieron ahí para poner a prueba la tolerancia de aquellos que están en el poder. Ricardo Antón, director ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas (CTG) Ecuador, irrumpió —junto con su guardia de seguridad— la exposición de

Pese a una evidente vulneración a la libertad de expresión del arte, este caso no pasó a conocimiento de ninguna instancia estatal, pero evidentemente dejó una impronta de intolerancia y arbitrariedad, aunque hay que señalar que tampoco el artista defendió su derecho constitucional a crear y expresarse artísticamente.

Ante los hechos señalados, habría que preguntarse ¿Si en verdad esta imagen atentó contra los derechos de los miembros de una institución pública, acaso fue una denuncia inteligente que supo recoger la percepción ciudadana frente a la Comisión de Tránsito del Guayas, o lo que ocurre es que el arte no reproduce lo visible, simplemente lo hace visible?

Considero que esta es una de las tantas vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística que se dan en Ecuador, que además evidencia una suerte de resignación de los artistas frente a la intolerancia y a la censura encubierta, y una especie de renuncia voluntaria a defender sus derechos, lo cual es altamente preocupante.

La moral vigente frente a la libertad de creación y expresión artística

Una larga historia de tensas relaciones existe entre la moral y la libre expresión de la obra artística, y los episodios sobre el tema no dejan de sorprender, inclusive en países en los cuales el constitucionalismo democrático ha fortalecido al Estado de derecho.

En la esfera internacional, una polémica que bien podría considerarse banal volvió a desatar la controversia, como consecuencia de un video presentado por las estrellas del pop Shakira y Rihanna, el cual inclusive llegó a ser vetado en Turquía, república mayoritariamente musulmana. En Colombia, país de origen de Shakira, el concejal bogotano Marco Fidel Ramírez solicitó que sea vetado el video de la canción *I can't remember to forget you*, por supuestamente hacer apología al lesbianismo y el tabaquismo, un conato de censura que no llegaría a progresar, pues la Corte Constitucional colombiana sentó una jurisprudencia bastante coherente sobre el tema, al manifestar que: “el pluralismo existente en nuestra sociedad, además reconocido y amparado por la Constitución, comporta un deber de tolerancia que les es exigible a quienes, ejerciendo su derecho a elegir libremente, rechazan una determinada exhibición. Ellos son libres

arte contemporáneo en la Universidad Católica que estaba a cargo del pintor Beto Villacís. Acto seguido Antón logró censurar un cuadro de Villacís que mostraba a un buitre disfrazado de un oficial de la CTG. Donde estaba la crítica artística a la CTG ahora hay un ojo que no ofende a autoridad alguna”. Ver <https://www.libremente.org/un-cuervo-policia-pone-a-prueba-la-tolerancia-de-un-funcionario/>, consulta: 26 de febrero de 2014.

de manifestar su inconformidad, pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público aprecie la obra.³⁴¹

Las tensiones entre arte y moral están latentes en forma permanente e incluso pueden llegar a instancias judiciales, la pregunta que siempre se ha planteado es ¿Si el artista tiene una responsabilidad moral? y esta pregunta es bastante compleja, relativa y sin una respuesta concluyente, pues es un tema que cada vez admite nuevas lecturas.

La moral ha pretendido censurar películas como *La Naranja Mecánica*, de Stanley Kubrick; *Asesinos por naturaleza*, de Oliver Stone; canciones como *Aeroplane*, del grupo Red Hot Chili Peppers, o *Cop Killer* de Ice T video musicales como el de la canción *Margot*, del grupo español Pereza, y obras literarias tales como *Hamlet*, de Shakespeare; *Las aventuras de Sherlock Holmes*, que fue censurado en la Unión Soviética por las ideas esotéricas de Conan Doyle, y otras tantas de autores como Descartes, Francis Bacon, Stendahl, Víctor Hugo, Flaubert, Honoré Balzac, etc.

Algunas preguntas siguen generando encendidos debates: ¿Qué hace a una obra artística moral o inmoral? ¿Cuál es la relación entre moral y arte? ¿Debe seguirse considerando la moral un límite a la libertad de expresión artística?

En España, el caso del cantautor Javier Krahe es paradigmático, pues revela en forma nítida la tensión entre moral y libertad de expresión; el 15 de diciembre de 2003 en el programa *Lo + plus*, el reconocido artista español presentó un corto en el cual se explicaba como cocinar un cristo, cuestión que indignó a sectores religiosos, al punto que el Centro Jurídico Tomás Moro presentó una querrela contra el artista y la directora del programa de televisión Montserrat Fernández. El caso, que se tramitó en el Juzgado Penal n.º 8 de Madrid, fue ampliamente comentado, al acusar un delito contra los sentimientos religiosos.³⁴²

El Ministerio Fiscal solicitó la absolución de los acusados, sin embargo cuestiones de moral religiosa estuvieron presentes en el caso, por ello, en un párrafo de la sentencia se afirma algo sumamente interesante:

La creación artística, y el Sr. Krahe es un creador reconocido, tiene en ocasiones una dosis de provocación. La sátira y el recurso a lo irreverente han sido en no pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos. Esta sátira se ha dirigido en especial a las distintas manifestaciones del poder. La religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución,

341 Ver Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º T-104/96.

342 Juzgado de lo penal n.º 8 Madrid, Sentencia n.º 235/12 de 8 de junio de 2012, Procedimiento Abreviado n.º 33/11.

han estado asociadas en la historia al poder y han sido por tanto también objeto de crítica legítima. No son infrecuentes en distintos ámbitos de la expresión, referencias críticas a símbolos o creencias religiosas. Si esto es así en la actualidad, lo fue especialmente en la época en la que el cortometraje en cuestión se elaboró.

En este contexto, no descubrimos en las palabras del Sr. Krahe ni en las imágenes emitidas, el escarnio que exige el tipo. Como hemos dicho, escarnio no es solo una burla, sino que se trata de una burla cualificada con el término “tenaz”, que tiene una manifiesta intención ofensiva. Hay en el corto emitido un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no el de ofender que pretende la acusación. No negamos que los denunciante se hayan sentido sinceramente ofendidos. Sin embargo, lo que debemos rechazar aquí, es que la conducta enjuiciada sea objetivamente ofensiva, al menos en el sentido reforzado que exige el tipo”.³⁴³

Es oportuno señalar que como restricciones morales tradicionales se han considerado a aquellos que tienen que ver con la obscenidad y la pornografía, así pues, en atención a la Sentencia del Caso Miller contra California³⁴⁴ de 1973, para que proceda la calificación de obscenidad se requieren tres elementos:

En la actualidad, añadiríamos una nueva prueba triple: “(a) si ‘una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes’ concluiría que la obra, considerada en su totalidad, atrae un interés lascivo en el sexo... (b) si la obra representa o describe, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley del estado aplicable; y (c) si la obra, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio.

[...] El sexo y la desnudez no podrán ser utilizados de manera irrestricta en películas o fotografías que se exhiban o vendan en lugares públicos, así como tampoco se podrá exhibir o vender el sexo ni la desnudez en directo [413 U.S. 15, 26] en forma irrestricta en estos lugares públicos. Una representación o descripción lasciva y manifiestamente ofensiva de una conducta sexual *debe ostentar, como mínimo, un valor literario, artístico, político o científico serio para recibir la protección de la Primera Enmienda*”.³⁴⁵ (Énfasis añadido)

Nótese, el último requisito en él se refleja el tratamiento distinto para las obras de valor artístico, el cual hace aún más complejo establecer si la obscenidad constituiría una posibilidad de que la moral pueda constituirse en un límite moral a la libertad de creación y expresión artística.

343 Ibid.

344 Corte Suprema de los EE. UU., caso Miller vs. California, 413 U.S. 15 (1973) 413 U.S. 15. Apelación de la decisión del departamento de apelaciones del Tribunal de Primera Instancia de California, Condado de Orange n.º 70-3 (Nota del autor). Alegatos: 18 y 19 de enero de 1972, Nuevos alegatos: 7 de noviembre de 1972, sentencia: 21 de junio de 1973.

345 Ver Corte suprema de los EE. UU., sentencia caso Miller vs. California, 413 U.S. 15 (1973) 413 U.S. 15 Miller v. California Apelación de la decisión del Departamento de Apelaciones del Tribunal de primera instancia de California, Condado de Orange, 70-3.

En cuanto a la pornografía, constituye otro tema sumamente complejo especialmente en lo relativo al arte, pues se torna difícil encontrar o identificar la frontera exacta entre lo erótico y lo pornográfico; Jerrold Levison, profesor de la Universidad de Maryland, sin rechazar la pornografía con argumentos morales, considera que la misma hace que pongamos atención en lo representado en tanto que el arte pretende que la atención se centre en la representación simbólica.³⁴⁶

La lógica de considerar a la pornografía como un límite moral a la libertad de expresión, básicamente radica en el principio de protección de la niñez y juventud, por el cual se impone una restricción a ciertos contenidos y representaciones, considerados inapropiados para su edad; más allá de aquello, las dificultades teóricas y estéticas para definir o valorar una otra expresión de la creatividad humana sigue siendo un asunto intrincado.

Resulta oportuno también referirnos al debate que ha levantado el género reggaetón, calificado por sus detractores como *pornografía auditiva*, expresión que ha merecido desaprobación en varios países, en especial en Cuba y Guatemala.³⁴⁷

En Argentina, la propuesta del cantautor Diego Perdomo, cuyo nombre artístico es Zambayonny, ha motivado una gran polémica sobre los límites libertad de creación y expresión artística, pues sus canciones han alcanzado gran popularidad con letras explícitamente sexuales, escatológicas o bizarras. Temas como *La incogible*, *Las cosas que dejé* y *El equilibrio del mundo* proponen una estética provocadora que puede a veces resultar incómoda para ciertas personas.

Zambayonny se colocó en el centro de la polémica cuando en un artículo de la *Revista Página/12*, activistas feministas lo acusaron de hacer apología del machismo y de denigrar a las mujeres en sus canciones, y entonces las preguntas más recurrentes fueron ¿El arte tiene límites? ¿Se puede discriminar en nombre de la libertad de expresión? Mariana Carbajal, reconocida periodista cuestionaba el trabajo de Zambayonny, en los siguientes términos:

¿Qué tienen en común el rey del reggaetón Daddy Yankee y Cacho Castaña? Uno y otro, en alguna de sus canciones se vanaglorian de golpear a las mujeres. ¿Si en lugar de una mujer el blanco de sus bofetadas fueran personas judías o negras, entonarían sus letras con la misma impunidad? Activistas feministas han empezado a denunciar, artesanalmente, en redes sociales al

346 Amplia información en Hans Maes y Jerrold Levinson, *Art and Pornography, Philosophical Essays*, Oxfordshire, Edit. Oxford University Press, 2012.

347 Monty Carlos, Crece la prohibición oficial del "reggaeton" en centro-america o es un bulo, en <https://carlosmonty2014.wordpress.com/2015/10/28/crece-la-prohibicion-oficial-del-reggaeton-en-centro-america/>, consulta: 10 de octubre de 2014.

cantautor bahiense Zambayonny —para algunos un artista de culto—, por hacer apología del machismo como base de su obra y denigrar a las mujeres. La idea, aclaran, no es llevar adelante una “campaña en contra de”, sino visibilizar cómo la cultura reproduce formas de discriminación hacia las mujeres y naturaliza una supuesta subordinación en relación con los varones. ¿Cuáles son los límites del arte? ¿Se deben aplicar sanciones a quienes promueven —a través de expresiones artísticas— violencia simbólica hacia las mujeres, en un contexto en el que los femicidios son un gravísimo problema social?³⁴⁸

Pedro Mouratian, del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), de Argentina, manifestó respecto al trabajo de Zambayonny, que el arte es una forma de expresión y, como tal, está sujeta a límites. Un límite es precisamente el principio de no discriminación, de modo que aquellas expresiones discriminatorias, de índole artística o de cualquier otra índole, no están protegidas por el derecho a la libertad de expresión.³⁴⁹

Perla Prigoshin, coordinadora de la Comisión Nacional para la Elaboración de Sanciones de la Violencia de Género, considera que Zambayonny debería dejar de reproducir esas canciones y asumir públicamente un compromiso de desenvolver su actividad de acuerdo con la ley, y esta afirmación que se hizo pública a través de varios medios de comunicación, actualiza una pregunta fundamental: ¿Se pueden limitar las expresiones artísticas? y cuando *Página 12*, le preguntó a Perla Prigoshin sobre este tema, su respuesta fue la siguiente: “Los límites del “arte” están dados por la cultura de un pueblo, en el marco de la libertad y en el respeto a los derechos de las personas, en nuestro caso las mujeres. Si la ley dice que tales o cuales conductas son reprochables, ahí está el límite”.³⁵⁰

En el caso de la Constitución ecuatoriana, aparentemente, los arts. 19 y 21 claramente determinan estas limitaciones a las que nos estamos refiriendo; sin embargo consideramos que la norma constitucional no es tan clara, pues el art. 19, inc. 2 dice: “Se prohíbe la publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política, y toda aquella que atente contra los derechos”.³⁵¹ Hay que destacar que este precepto se refiere exclusivamente a la publicidad, y ni el acto artístico ni la expresión del arte puede ni debe confundirse con

348 Mariana Carbajal, “Entre el arte y el machismo”, *Página 12* (Buenos Aires), domingo 17 de febrero de 2013.

349 *Ibíd.*

350 *Ibíd.*

351 Nótese que solamente se hace referencia a la prohibición de *publicidad*, entendiéndose por *publicidad* según la American Marketing Association, a la colocación de avisos y mensajes persuasivos, en tiempo o espacio, comprado en cualesquiera de los medios de comunicación por empresas lucrativas, organizaciones no lucrativas, agencias del Estado y los individuos que

aquella, pues la publicidad no es otra cosa que una maniobra destinada a difundir o informar al público sobre un bien o servicio, con el objetivo de motivar su consumo, por lo tanto definitivamente este artículo no puede ser aplicable a la libertad de creación y expresión artística.

En el caso del art. 21 que dice: “No se podrá invocar a la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos por la Constitución” nos encontramos frente a una redacción ambigua del mismo, cuando habla del invocar a la cultura, pues el vocablo cultura como tal es indiscutiblemente polisémico, de hecho, en el año de 1952 los investigadores Alfred Kroeber y Clyde Kluckhohn compilaron una lista de 164 definiciones sobre cultura y desde entonces hasta la fecha se han incrementado, en consecuencia ¿A que “cultura” se refiere el texto constitucional? La incógnita persiste, pues hasta el momento, no contamos con una interpretación de la Corte Constitucional en este sentido, lo que nos conduce a manifestar que las restricciones a la libertad de expresión artística no son claras en la Constitución ecuatoriana, y que por tanto será la jurisprudencia la que en su momento podrá brindar mayores elementos de juicio sobre este tema.

El orden público y la libertad de creación y expresión artística

El orden público es la situación normalidad en la marcha de las relaciones sociales, razón por la cual esta idea de orden público se relaciona con la paz social, el ejercicio legítimo de la autoridad, el ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas.

Pero además el orden público está vinculado al principio de legitimidad en el ejercicio del poder político y el de consenso social a través del respeto del ordenamiento jurídico.

La realidad sin embargo es distinta:

Hay orden público mientras el patrón esquilma desvergonzadamente al proletario; reina el desorden si el proletario no quiere dejar seguir dejándose sacrificar por los patrones. Si un caldero estalla y produce la muerte de diez o doce operarios no altera el orden público; pero si treinta o cuarenta operarios destrozan el motor de una fábrica, el orden público se encuentra seriamente amenazado.³⁵²

intentan informar y/o persuadir a los miembros de un mercado meta en particular o a audiencias acerca de sus productos, servicios, organizaciones o ideas”, <http://www.marketingpower.com>, consulta realizada el 28 de julio de 2017.

352 Ángel Cappelletti y Carlos Rama, comp. *El anarquismo en América Latina* (Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1990), 283.

Las restricciones a la libertad de creación y expresión artística en función del orden público son aquellas cortapisas que el ordenamiento jurídico impone frente al uso de discursos violentos o expresiones artísticas que puedan afectar dicho orden.

En el mundo, posiblemente sea China el país que más se ha preocupado sobre el tema, liderando la censura a la música pop en el mundo a partir de un incidente en el concierto de la cantautora islandesa Björk, quien durante el concierto gritó por la independencia del Tíbet, razón por la cual el Ministerio de Cultura de China, en forma sistemática, ha impedido la presentación de ciertos artistas cuyas ideas pudieran perturbar el orden público, o ha censurado producciones artísticas, tal es el caso la censura del disco del grupo Guns N' Roses, *Chinese Democracy*, por contener críticas al régimen de Pekín.

La banda británica Oasis también ha sido impedida realizar conciertos en Beijing, pues el Gobierno de China tuvo conocimiento que uno de sus integrantes, el músico Noel Gallagher participó, en el año de 1997, en un evento artístico para apoyar la independencia de Tíbet. De la misma manera, durante el año 2010, el icónico poeta y cantautor norteamericano Bob Dylan, premio Príncipe de Asturias de las Artes en el año 2007 y Premio Nobel de literatura 2016, tampoco pudo hacer su gira de conciertos en el país asiático, por el contenido político de sus canciones.

En lo que tiene que ver con el orden público, en Ecuador existe un episodio muy interesante ocurrido el 12 de febrero de 1949, cuando Radio Quito, transmitió una adaptación a la ecuatoriana, de la novela de Ciencia Ficción del escritor inglés H. G. Wells, *La guerra de los mundos*, en formato de radioteatro y concebida por el director artístico Leonardo Páez.

La dramatización fue tan impactante, que hasta la brigada del batallón de infantería Tarqui envió tropas hasta Cotacolloa para hacer frente al inexistente ataque marciano, y también la policía nacional se movilizó para ver si en verdad ocurría una invasión extraterrestre en Ecuador. Una vez que se constató que se trataba de un montaje artístico, la ciudadanía se encolerizó e incendió la radio, y la policía sintiéndose burlada no hizo nada por brindar asistencia al personal del medio de comunicación, resultando como saldo trágico el fallecimiento de cinco personas calcinadas en las instalaciones de Radio Quito.³⁵³

353 Henrik Klemetz, "La tragedia de radio Quito", publicada originalmente en la *Revista Radio World Internacional*, el 28 de mayo de 1997. El material se basa en recortes periodísticos de la época y una entrevista ofrecida al autor por el señor Xavier Almeida, de Radio Quito, así como datos publicados en el libro *Radiodifusión en la Mitad del Mundo*, 1991, por Álvaro San Félix, locutor, periodista y actor de teatro ecuatoriano.

Diríamos que este caso, paradójicamente una teatralización demasiado realista de una obra literaria, desencadenó un caos con episodios de saqueo y pánico generalizado, en el que inclusive algunas personas murieron; sin embargo, posiblemente a nadie se le habría ocurrido que una historia de ficción tan inverosímil hubiese alcanzado tales proporciones.

En la España de Franco la censura a la música calificada de protesta, fue evidente, en especial canciones como: *No nos moverán*, de Joan Báez, *Me queda la palabra*, de autoría del poeta Blas de Otero e interpretada por Paco Ibáñez, o *Clamo al firmamento/ Aleluya N.º 2*, de Luis Eduardo Aute.³⁵⁴

En Argentina, durante la dictadura entre 1978 y 1983, la censura por temor a la alteración al orden público fue para una gran cantidad de canciones, entre las que destacamos *Chamarrita de los milicos*, de Alfredo Zitarrosa; *Triunfo Agrario*, de Armando Tejada y Gómez y César Isella; *Te recuerdo Amanda*, de Víctor Jara; *Gilito del Barrio Norte*, de María Elena Walsh; *Estamos prisioneros*, de Horacio Guarany; *Para el pueblo lo que es del pueblo*, de Piero; *Pido castigo*, texto de Pablo Neruda musicalizado e interpretado por Víctor Heredia, etc.³⁵⁵

En Chile, la dictadura de Pinochet censuró varias expresiones artísticas, a pesar de ello considero como lo más indignante la orden de que Pablo Neruda no abandonara su casa en la Isla Negra, para evitar, justamente que su obra poética generara alteraciones al orden público, y la detención, tortura y asesinato del cantautor Víctor Jara en el Estadio Nacional. De hecho durante la dictadura de Pinochet, toda expresión vinculada a la Nueva Canción Chilena y al folclore fue censurada.³⁵⁶

En Ecuador, en nuestros días, se ha denunciado a los medios que los diez jóvenes detenidos en el llamado Caso Luluncoto,³⁵⁷ acusados de terrorismo, tenían en su poder fundamentalmente libros, cuadernos camisetas con la imagen del Che Guevara, y discos de música protesta.³⁵⁸

Entre los objetos requisados en el momento de la detención y durante el registro del domicilio de los acusados y presentados como evidencias por la

354 Amplia información en Roberto Torres Blanco, "Canción protesta: Definición de un nuevo concepto historiográfico", *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 27 (2005).

355 Sobre el tema ver Bertazza Juan Pablo, "Si se calla el cantor", *Página 12*, <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/radar/9-4990-2008-12-14.html>, consulta: 25 de mayo de 2016.

356 Sobre el tema puede leerse en Juan Pablo González, *Censura, industria y nación: Paradojas del boom de la música andina en Chile (1975-1980)*, *Revista digital nuevo mundo*, <https://nuevomundo.revues.org/67810>, consulta: 26 de mayo de 2016.

357 Los hechos del caso tienen como punto de partida, una reunión para hablar de política 3 de marzo de 2012, en un departamento ubicado en el barrio Luluncoto de la ciudad de Quito.

358 Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos y Proyecto de Reparación Clínica Ambiental, *Ocaso de la justicia, el caso sol rojo. Informe psicosocial y de derechos humanos* (Quito: CEDHU, INREDH y Clínica Ambiental, 2012), 12-3.

fiscalía de acuerdo al documento de la audiencia preparatoria a juicio, se encuentran objetos como camisetas del Che Guevara y una pañoleta del FMLN de Nicaragua, así como *CD's de música protesta*, películas, libros de derecho constitucional, folletos de varias organizaciones sociales, cuadernos de la Universidad Central, en la que algunos de los detenidos estudian, libros y materiales de prensa, la Constitución de la República, el periódico *El Ciudadano*, y un documento gubernamental titulado *Defiende la Democracia*".³⁵⁹ (Énfasis añadido)

Como vemos en este caso, la música protesta o social ha sido vinculada con una presunta tentativa de delito contra la seguridad del Estado, como una vía hacia la alteración del orden público, y la sola tenencia de este tipo de canciones, junto con otro tipo de materiales impresos, genera en la justicia una presunción de dolo en los detenidos. ¿Será acaso esta una forma de censura, por la cual los jóvenes deben abstenerse de escuchar y tener canciones de contenido social, por considerársela un indicio de que se está atentando contra el orden público?

Curiosamente y como hemos podido ver en varios medios de comunicación, el presidente Rafael Correa entregó sendas condecoraciones a populares cantantes de música social como Joan Manuel Serrat, Piero, León Gieco y Víctor Heredia, Carlos Mejía Godoy, Luis Eduardo Aute, Alberto Cortez, figuras que han dedicado su quehacer artístico justamente a la canción social o protesta.

Frente a lo dicho resulta oportuna la pregunta: ¿En qué momento el arte puede atentar contra el orden público?

"El orden público es un concepto amplio que engloba las nociones de seguridad, orden en sentido estricto, tranquilidad y sanidad pública.

Cuando la administración persigue la seguridad se dedica a prevenir accidentes de todas clases, ya sean naturales (inundaciones, incendios, etc.) u ocasionados por el hombre (robos, accidentes de tráfico, entre otros).

La idea de orden, como concreción del orden público, hace referencia al orden externo de la calle en cuanto condición elemental para el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales; supone, por tanto, la ausencia de alteraciones, algaradas, coerciones, violencias, etc., que puedan dar lugar a la ruptura de ese orden externo".³⁶⁰

En consecuencia, el orden público constituye un estado de vida social en armonía, paz, respeto al orden jurídico y acatamiento a la autoridad,

359 Carta de Amnistía Internacional enviada el 27 de noviembre de 2012, al doctor Galo Chiriboga, Fiscal General del Estado, y suscrita por Guadalupe Marengo, directora adjunta, Programa Regional para América. Una copia de dicha carta reposa en los archivos del investigador. (Nota del autor)

360 Enciclopedia jurídica on line en <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad/seguridad.htm>, consulta: 26 de mayo de 2016.

una noción de origen liberal, cuya raíz podría encontrarse en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), como garantía y límite a la libertad, de modo que lo que una persona o un grupo de personas haga o pueda hacer no perjudique a los demás miembros del grupo social; de manera que esta noción está directamente vinculada a la idea de seguridad ciudadana y paz social, pues lo contrario sería la violencia, el caos social, inseguridad generalizada, etc.

Resulta poco razonable y muy difícil que el arte por sí mismo pueda detonar un estallido social capaz de alterar la paz y tranquilidad social. El fútbol, por ejemplo, ha registrado episodios violentos,³⁶¹ en función de hinchadas alborotadas capaces de generar actos vandálicos, claro está no se han producido episodios tan dramáticos como los experimentados en Europa hace algunos años con los *hooligans*, sin embargo, jamás se ha tenido noticia de que algún tipo de expresión artística pudiera generar alguna forma de violencia civil.

Por otra parte, ¿Qué pasa si el arte sugiere o expresa cuestiones discriminatorias? Al respecto, un caso más o menos reciente fue la fotografía que apareció publicada en *Buro 24/7* del año 2014, justo en el día de Martin Luther King,³⁶² en la cual aparece la promotora de arte Dasha Zhúkova, obviamente caucásica, sentada en una escultura que representa a una mujer afrodescendiente vestida con ropas sadomasoquistas tumbada boca arriba y con las piernas echadas hacia atrás, una imagen calificada de racista y supremacista, que recibió un rechazo generalizado y fuertes críticas que motivaron que Miroslava Duma, responsable del portal *Buro 24/7*, a través de su cuenta de Instagram expresara lo siguiente:

Queridos, el equipo de *Buro 24/7* y yo queremos expresar nuestras más sinceras disculpas a cualquier persona que se haya sentido ofendida. Esa nunca fue nuestra intención. Estamos en contra del racismo o la desigualdad de género o cualquier cosa que atente contra los derechos de cualquiera. Amamos respetamos y admiramos a la gente independientemente de su raza, género o estatus social. La silla de la foto solo debería haber sido vista como una obra de arte que fue creada por el artista pop inglés Allen Jones, y no como una forma de discriminación racial.³⁶³

361 Al respecto, resulta oportuno leer la nota periodística intitulada: “Cronología de los hechos violentos en el fútbol ecuatoriano”, contenido publicado originalmente por Diario *El Comercio*, en <http://www.elcomercio.com/deportes/futbol/cronologia-hechos-violentos-futbol-ecuatoriano.html>, consulta: 27 de agosto de 2013.

362 El día de Martin Luther King se celebra el tercer lunes de enero de cada año, que es aproximadamente la fecha del nacimiento de King. (Nota del autor)

363 Amplia información “La silla de la discordia”, publicada en *Revista Kienke* del 22 de enero de 2014, <http://www.kienke.com/autor/kienke-revista/>, consulta: 19 de mayo de 2014.

La polémica sobre las restricciones del arte que promueva xenofobia y racismo, definitivamente se mantiene.

Asimismo, se dice que el arte puede hacer apología del delito, y en este tema, hay que volver a tocar esta vez con mayor detalle el caso de Pablo Hásel, puesto que la sentencia dictada en su contra, resulta extremadamente simbólica, al transcribir estrofas completas de canciones para configurar el tipo penal acusado.

Pablo Rivadulla Duró, conocido como Pablo Hásel, es un artista español de ideología estalinista, que mereció una condena de dos años de cárcel por enaltecimiento al terrorismo, por la Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Se ha afirmado que Pablo Hásel ha compuesto canciones en las que se alaba los atentados terroristas de Grapo, ETA, Al Qaeda, Facción del Ejército Rojo (RAF) y Terra Lliure, e incluso que pedía a estas organizaciones que volvieran a atacar.

La sentencia del 31 de marzo de 2014³⁶⁴ es sugestiva, bastante peculiar y muy ilustrativa para el presente estudio, puesto que el medio para el cometimiento de este delito, según la sentencia, es a través de canciones de su autoría que subió a Youtube en formatos de audio y video, los mismos que tuvieron gran éxito.

Las canciones, que son consideradas como enaltecedores del terrorismo son: "Libertad presos políticos", "Democracia su puta madre", "Obama Bin Laden", "Los peores terrorista", "El llanto de las gaviotas", "Esclavitud consentida", "En una calle olvidada", "No me da pena tu tiro en la nuca", "Libertad arenas", "El hijo adoptado de Jacques Mesrine", "Realidad surrealista", "No quiero ser otro cordero."

En la sentencia se transcriben textos completos de las canciones de Hásel, volviéndose el primer fallo, en el cual durante el desarrollo de la presente investigación es posible ver la estructura de un cancionero.

Como pruebas de cargo, se consideran, en primer lugar el que Pablo Hásel reconoce ser el autor de las canciones, por tanto la creación artística se constituye en el elemento doloso del delito, además de informes técnicos referentes a los archivos de audio y video difundidos por Youtube. El tipo penal, está contemplado en los arts. 578 y 579, num. 2 del Código Penal Español.

Sobre el derecho a la libertad de expresión, argumentada por el acusado, la sentencia toma como punto de partida, la jurisprudencia del TEDH, en el sentido que la alabanza o justificación de acciones terroristas no puede

364 Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sentencia n.º 8/2014, 31 de marzo de 2014.

ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, lo que significa que el discurso de odio, no está amparado en la libertad de expresión de un Estado democrático.

Con estos razonamientos, el artista es condenado a pena privativa de libertad de dos años, pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio por un tiempo igual al de la pena, e inhabilitación absoluta durante diez años.

Hay que señalar que en todo el texto de la sentencia, si bien se aborda el tema de la libertad de expresión, los juzgadores olvidan que se trata de un tema de creación y expresión del arte, que lo que se está considerando son canciones, y que por tanto son expresiones artísticas, razón por la cual no es aplicable la misma lógica y estándares que la libertad de expresión general.

Los magistrados de la Sección Primera de la Sala de lo Penal señalan en su resolución que el trabajo del artista supone una actuación conjunta, dirigida contra la autoridad del Estado.

El voto particular de la magistrada, Manuela Fernández de Prado, hace el estudio adecuado del tema, cuando señala que al analizar el contenido de una canción se debe tener en cuenta que se trata de una manifestación artística y en ella los límites de lo tolerable son necesariamente más flexibles, pues el artista que canta una canción se convierte en un personaje que lleva a cabo una representación que le aleja de la realidad; de modo que la provocación, la ambigüedad, la crítica ácida tiene cabida entonces en mayor medida que si se tratase de una expresión pegada a la realidad, porque se trata de una representación en la que puede jugar la ficción.

En consecuencia, no se trata solamente de censurar el trabajo de Pablo Hásel, más bien daría la impresión de que ante la imposibilidad de controlar una red social como Youtube, se decide tomar el camino de la represión penal para acallar una expresión artística, incómoda para el sistema, independientemente del hecho de estar en desacuerdo o no con las ideas de su autor.³⁶⁵

365 En Ecuador, el 23 de mayo de 2017 el presidente Rafael Correa envía a la Asamblea Nacional un proyecto de *Ley que regula los actos de odio y discriminación en redes sociales e internet*, el cual de ser aprobado posibilitaría que en casos similares a los de Pablo Hásel, el Estado pueda censurar las expresiones artísticas difundidas a través de redes sociales cuando su contenido sea considerado ilícito, tomando como punto de partida un informe de las empresas proveedoras de servicios telemáticos, internet o de similar naturaleza; sin perjuicio de las posteriores responsabilidades penales que podrían derivar en contra del artista o creador en función del Código Integral Penal. (Nota del autor)

Resulta oportuno recordar la sentencia n.º 51/2008, 14 de abril de 2008, BOE num. 117, 14 de mayo de 2008, en la que la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España resuelve en caso del escritor Manuel Vicent y su novela intitulada Jardín de Villa Valería (1996), la misma que fue analizada en el apartado que estudia las condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística de este trabajo, en el cual se reconoce que el producto artístico es resultado de un complejo proceso de reelaboración intelectual, y por tanto trasciende los hechos concretos desde la imaginación y la personal concepción del mundo del autor.

La sentencia en el caso Hásel es repudiable, pues las canciones fueron difundidas a través de internet, un espacio virtual en el cual cada persona escoge lo que quiere ver, leer o escuchar, y de algún modo nos recuerda la *fetua* contra Salman Rushdie.³⁶⁶

Habría que preguntarse si obras como la novela británica *La naranja Mecánica* (1962), de Anthony Burgess, o la película *Asesinos por naturaleza* del director Oliver Stone, habrán sido al menos censuradas en España por hacer apología de la violencia, o si existe alguna característica especial en las canciones de Pablo Hásel, que las convierten en expresiones artísticas más peligrosas para el orden y la paz social.

Otro caso que merece nuestra atención es el de la música regional mexicana, que en sus líricas aborda temas relacionados con el narcotráfico, cantantes como Alfredo Ríos, el Komander, o el grupo Calibre 50, en el año 2014 fueron impedidos de presentarse en el Festival de Puebla, a realizarse desde el 11 de abril a 11 de mayo, por hacer apología del delito. Los llamados narcocorridos mexicanos interpretados por grupos artísticos como: Los Tucanes De Tijuana, Los Tigres del Norte, Los Amos de Nuevo León, Los Huracanes del Norte, Los Originales de San Juan, El Tigrillo Palma, K-Paz de la Sierra, han sido prohibidos por decreto en el estado de Sinaloa, por considerar que esta expresión de la música popular ensalza a los capos del narcotráfico y toda la violencia alrededor de estas actividades ilícitas, que indudablemente constituyen un problema severo para los mexicanos.

Según el investigador Juan Carlos Ramírez-Pimienta, de la Universidad San Diego, el primer corrido de estas características, se grabó en el año de 1934 por Manuel Cuéllar Valdez, luego se grabó *El contrabandista* de Manuel Gaytan.³⁶⁷

366 El escritor Salman Rushdie a raíz de la publicación de su libro *Los versos satánicos*, ha sido acusado de blasfemia, y condenado a muerte. El Gobierno Iraní ha puesto un precio a su cabeza de alrededor de tres millones de dólares. (Nota del autor)

367 Amplia información sobre el tema en Juan Carlos Ramírez-Pimienta, *Cantar a los narcos* (Ciudad de México: Temas de hoy, 2012).

Para José Manuel Valenzuela Arce, los narcocorridos no hacen otra cosa que participar en la construcción de las crónicas sociales, pudiendo en ciertos casos ofrecer miradas críticas a las verdades oficiales.³⁶⁸

La censura a los narcocorridos plantea algunas interrogantes: ¿Son estos una expresión de carácter popular? ¿Puede la canción ser un ingrediente más de aquellos que desencadenan la violencia en México? ¿Acaso otras expresiones del arte como por ejemplo la novela como *La Reina del Sur*³⁶⁹ escrita por el reconocido autor español Arturo Pérez Reverte, ha sido censurada en México por narrar la historia de una traficante, o la película *Helí* del cineasta Amat Escalante premiada en el festival de Canes, y que muestra de manera visual, la violencia del mundo del tráfico de drogas? ¿Por qué si todas estas expresiones artísticas abordan los mismos temas únicamente los corridos, es decir, las canciones han sido objeto de censura? ¿Cuál es el criterio que indique por qué una canción ensalza la violencia y no una pieza literaria o una película?

Pareciera que los criterios para establecer este tipo de limitaciones son bastante subjetivos, y demasiado vinculados a la discrecionalidad del poder.

El bien común

El bien común es un concepto que puede ser entendido como aquello de lo que se benefician todos los ciudadanos haciendo que los sistemas sociales, instituciones y medios socioeconómicos funcionen de tal manera que beneficien a todas las personas, John Rawls ha dicho que el bien común consiste en “ciertas condiciones generales que son de ventaja para todos.”³⁷⁰

Filosóficamente el bien común es indivisible porque el bien que aprovecha a cada uno no puede separarse del bien de los demás; no es apropiable por parte de uno de sus miembros, y todos tienen acceso a él, y abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con las cuales las personas, las familias y los grupos humanos y la sociedad en general pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia realización sin dejar de ser parte del colectivo.

Teóricamente, el bien común deriva de la naturaleza humana, no es la suma de los bienes individuales, redunda en provecho de todos, abarca

368 Amplia información sobre el tema puede encontrarse en Valenzuela Arce José Manuel, *Jefe de Jefes: Corridos y narcocultura en México* (Ciudad de México: Fondo Editorial Casa de las Américas, 2003).

369 Arturo Pérez-Reverte, *La reina del Sur* (Ciudad de México: Alfaguara, 2002).

370 Ver Bernard Prusak, “Politics, Religion & The Public Good: Interview with philosopher John Rawls”, *Commonweal Magazine* 125, n.º 16 (1998): 1-5. <http://www98.homepage.villanova.edu/bernard.g.prusak/interviewwithrawls.htm>, consulta: 3 de junio de 2016.

tanto a las exigencias materiales como las espirituales, obliga al Estado, al derecho y a los individuos, y nos ayuda a ser más humanos y solidarios.

Para Karl Popper, el bien común es una utópica-demanda no solo un plan o concepto del deber ser de la sociedad, sino de la existencia de un gobierno fuerte y centralizado no interesados en los derechos o beneficios de los individuos como tales sino en la comunidad como entidad, siendo esta una percepción capaz de conducir fácilmente a la tiranía y el totalitarismo.³⁷¹

Por esta razón, en sociedades multiculturales como la ecuatoriana, se vuelve una meta irrealizable, ya que no es posible alcanzar un acuerdo sobre los bienes que lo integran, lo que conduce a que en algún momento o bien se abandone el concepto de bien común, o se reduzca la discusión a cuestiones absolutamente prácticas y puntuales como los bienes comunes parciales propios de una comunidad.

Muchas veces el bien común ha devenido en un discurso de la dominación para ejercer un eficiente control social e inclusive para violentar la propia esfera privada del pensamiento de las personas.

En lo que tiene que ver con el bien común, como restricción a la libertad de expresión y creación artística, esta ha sido traída desde los límites a la libertad de expresión en general y tiene que ver con aquello que beneficia a toda la colectividad, siendo en el caso ecuatoriano un postulado vinculado al buen vivir.

Para muchos defensores de los derechos culturales, el arte es un bien común y, por tanto, un derecho de la sociedad, a pesar de que en ciertas ocasiones es posible encontrar una suerte de tensión entre el bien común y ciertas expresiones artísticas, olvidando que:

Una sociedad con libertad de expresión artística es una sociedad más sana, es una sociedad donde el ciudadano se da el permiso para soñar un mundo mejor donde él tiene un lugar, es una sociedad que se expresa mejor porque se expresa en toda su complejidad.³⁷²

Cuando se analizan cuestiones relativas al bien común, no es raro encontrarnos con la conocida frase “que el interés general debe primar sobre los intereses particulares”, y luego se observa una gran dificultad para

371 Amplia información sobre el tema en Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos* (Barcelona: Paidós, 2010).

372 Bruguera Tania Manifiesto sobre los derechos del artista Palabras leídas en “Expert Meeting on Artistic Freedom and Cultural Rights” Sala n.º 21, Palais des Nations, sede de la Organización de Naciones Unidas Ginebra diciembre 6, 2012. (Nota del autor)

determinar cuándo una expresión artística puede entrar en contradicción con el interés general.³⁷³

Es posible hallar, en el espacio público experiencias vinculadas al arte; así, en el caso ocurrido en Ecuador, relacionado con la Discoteca Factory en la cual un 19 de abril del año 2008, se realizó un concierto de Rock Gótico que terminó en desastre.

Durante el evento, se presentó la banda de rock gótico Vendimia, que realizó un *performance*, que incluía fuego, al parecer un chispazo se proyectó hacia una viga de hierro de la estructura y se desvió alcanzando el recubrimiento de esponja del techo del local, desatando un incendio, en el cual murieron diecinueve personas, y otras tantas resultaron lesionadas, pues las salidas de emergencia estaban cerradas y aseguradas con candados, y la única puerta libre fue insuficiente para que los doscientos cincuenta asistentes pudieran salir.

Si bien los procesos administrativos y judiciales terminaron con sanciones para los dueños del local por no cumplir con las medidas de seguridad adecuadas, un gran debate se encendió en la ciudad de Quito respecto de la discriminación existente hacia la cultura rockera y aún más contra la cultura gótica.

¿Acaso si las autoridades debieron impedir la realización de este evento, por no existir las medidas de seguridad para los asistentes y para los propios artistas? Seguramente si aquella hubiera sido la postura oficial se habría dicho que se estaba impidiendo la libre expresión de las bandas y artistas de rock gótico y posiblemente esta fue una de las razones por las que, no se observaron aspectos de seguridad, que finalmente fueron decisivos para la tragedia.³⁷⁴

En este caso, posiblemente se debió sopesar la presentación de una expresión artística frente al interés general en cuanto a la seguridad de un grupo bastante considerable de personas, por ejemplo, la prohibición del uso de pirotecnia en un espacio cerrado, si bien puede considerarse una limitación a lo que los artistas pretenden transmitir, en parte puede ser una medida preventiva para evitar causar daño a las personas.

373 "El bien común entendido desde el relativismo solo puede ser concebido como interés general. Este se presenta como lo más común a los ciudadanos. Ahora bien, no es lo más común según el orden natural, sino según el consenso de una supuesta mayoría que representaría la voluntad de todos los ciudadanos. No importa que lo propuesto se adecuó al bien, sino que este sea expresión de una mayoría. Esta justifica la validez de ese bien adoptado". Pablo López Martín, "La reconversión del bien común en interés general", Ponencia presentada en las I Jornadas de Doctrina Social de la Iglesia sobre el bien común, <https://iifv.files.wordpress.com/2011/06/bien-como3ban.pdf>, consulta: 26 de mayo de 2016.

374 Sobre el tema amplia información en Andrea Madrid Tamayo, "La discoteca Factory: Estudio de caso sobre la emergencia identitaria del rock (Estudios sobre el Distrito Metropolitano)", *Revista del Instituto de la Ciudad* 1, n.º 3 (2013).

Sin embargo, hay otra lectura mucho más compleja sobre el tema, pues desnuda la intolerancia de la sociedad ecuatoriana. ¿Acaso el concierto fue realizado en la Discoteca Factory, en condiciones de inseguridad, pues los exponentes de esta expresión artística no tenían acceso a otros espacios para poner de manifiesto su creatividad y sus propuestas estéticas?, ¿no fue la discriminación hacia la cultura gótica lo que les puso en una situación de riesgo que terminó en la tragedia que estamos analizando?, ¿tal vez las restricciones a la libertad de creación y expresión artística de los cultores del rock gótico generaron la tragedia?, ¿cómo encajan estas culturas, discriminatoriamente llamadas subculturas en un Estado intercultural como el ecuatoriano?, ¿podían haber tenido otro espacio adecuado para expresar su arte?, ¿se trató acaso de una cuestión de costes?

Otro aspecto que merece cierta reflexión tiene que ver con la calificación de ciertas expresiones artísticas, por ejemplo, el *torture porn*, considerado un subgénero cinematográfico, que podría no ser recomendable para menores de edad por tratarse de un forma de arte que genera cierto desagrado, aunque para autores como Stephen King, “te hace sentir incómodo, pero el buen arte debe hacerte sentir incómodo”.³⁷⁵ Sin embargo, la sociedad prefiere no enfrentar a niños, niñas y adolescentes, a cierta violencia explícita, sexo explícito u otras manifestaciones, que siendo de carácter artístico pueden impactar negativamente en su emocionalidad y su psicología.

Un hecho que puso en debate las cuestiones que venimos planteando fue la balacera registrada en la escuela secundaria de Coumbine, EE. UU. en el año de 1999, que de algún modo se vinculó con el polémico artista norteamericano Marilyn Manson, cuyas canciones fueron consideradas como una especie de inspiración para la violencia desatada, aunque finalmente el FBI, consideró inexplicables, las razones que condujeron al tiroteo,³⁷⁶ no obstante, el Informe de la filósofa Blandine Kriegel en Francia, sobre la relación entre canciones violentas y violencia en los jóvenes de la Universidad de Iowa, EE. UU. y las recomendaciones de la Asociación Americana de Pediatría sugieren que ciertas expresiones ya sean artísticas o productos de los *mass media*, pueden afectar el comportamiento de niñas, niños y adolescentes.³⁷⁷

375 Ver Marc Olsen, “Stephen King on the artistic merits of torture porn”, *Los Angeles Times*, 20 de julio de 2007.

376 Un interesante acercamiento a este tema lo realiza el director de cine Michael Moore en su documental del año 2002 *Bowling for Columbine*. (Nota del autor)

377 Según este estudio publicado en la revista *Journal of Personality and Social Psychology*, “la letra de las canciones violentas influyen en la mente de los adolescentes y pueden resultar tóxicas para su bienestar emocional, lo que constituye una rigurosa llamada de atención para padres, tutores y educadores. La investigación se basó en cinco experimentos diferentes pensados para

El Informe Kriegel³⁷⁸ plantea el considerar la aplicación de ciertos instrumentos de regulación para consolidar el principio de protección de los menores, los cuales posteriormente fueron descalificados como mecanismos censura, por parte de autores, productores y directores de cine, razón por la cual, finalmente las recomendaciones del informe no se implementaron.

En 2013, un caso bastante interesante causó polémica en las redes sociales cuando un desnudo femenino de la fotógrafa francesa Laure Albin Guillot publicado en el perfil del Museo Jeu de Paume de París para ilustrar una muestra dedicada a la artista, fue censurado por Facebook, evidenciando que las políticas de protección del interés general de los usuarios de esta red social, tienen problemas para distinguir entre arte y pornografía, y que existe una rigidez que no hace concesiones ni siquiera a imágenes de un alto valor artístico.

Efectivamente, si bien el cuidado de los intereses sociales constituye teóricamente una limitación razonable a la libre expresión del arte, sin embargo, no podemos dejar de señalar una vez más, que existe un alto margen de libre y subjetiva apreciación por parte de quienes imponen estos límites especialmente quienes ejercen algún tipo de autoridad.

El derecho como lenguaje normativo al expresar una voluntad de poder se halla plagado de unos conceptos indeterminados que muchas veces pueden resultar peligrosos y perniciosos, por su potencialidad expansiva pro autoritaria. Conceptos como: orden público, interés público, moral, orden social, tranquilidad pública, fines lícitos, bien común, y otros similares finalmente permiten que los derecho y las libertades en función de estos estándares subjetivos sean acotados por un legislador, una autoridad administrativa, o un juez; que actúan discrecionalmente, consientes que tienen plena "capacidad de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en algunos casos, de ampliarlas o desalentadas en otros".³⁷⁹

Finalmente, las restricciones fundamentadas en el bien común, dependerán siempre de la moral vigente en un espacio geográfico y en un momento histórico determinado, puesto que "si aceptamos la justicia como una virtud política, queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles para

establecer la posible relación que podría generarse entre la violencia de las canciones populares y los pensamientos y sentimientos de los chicos y chicas objeto del experimento", <https://gloria.tv/article/mLcSkNFpJxMm2ELsnb7a1Pbur>, consulta: 28 de julio de 2017.

378 El informe Kriegel, es un documento, que lleva el nombre de la filósofa Blandine Kriegel, fue elaborado por una comisión de expertos galos por encargo del ministro de Cultura francés, y publicado por la Academia de las Ciencias y las Artes de Televisión (ATV) en su boletín de diciembre de 2002. (Nota del autor)

379 Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, 2.^a ed. (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000), 194.

asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral³⁸⁰ lo cual es una vieja aspiración que lamentablemente no ha podido ser alcanzada.

Formas encubiertas de censura

Si bien la facultad de aprobar o prohibir determinado material o expresión antes de hacerse público se encuentra prohibida, cuando se refiere a la censura previa, en la vida real siguen existiendo formas encubiertas en que se ejerce la censura.

Según el *Diccionario de la lengua española*, censura, significa: “dictamen y juicio que se hace o da acerca de una obra o escrito, e intervención que ejerce el censor gubernativo”.³⁸¹

Etimológicamente la palabra censura se remonta al personaje del *cen-sor*, un magistrado romano que se encargaba de vigilar el comportamiento de los ciudadanos. En la actualidad los censores son quienes censuran películas, publicaciones y otras formas de comunicación.

Existen diversas manifestaciones de censura, algunas van desde la censura moral, que tiene que ver con los valores de un grupo social en un momento histórico determinado y que desapruaban cuestiones que pudieran lesionar el pudor del grupo; la censura militar, que impide que las personas que no sirven en las Fuerzas Armadas tengan acceso puedan conocer o peor aún difundir asuntos relativos a la seguridad; existe una censura política referente a la información que los gobiernos ocultan a los ciudadanos, o cualquier medida que afecte o limite la libertad de expresión, hay la censura corporativa que recae sobre los secretos de fabricación, y en caso de los medios, cuando los editores manipulan la información; existe la censura religiosa que impide ciertas expresiones y comunicaciones en virtud de ciertas creencias.

En la vida cotidiana la censura está presente en la educación, en la cultura popular, en la prensa; constituye una forma de ejercer el poder y, concomitantemente, una estrategia para controlar a la sociedad. Generalmente todo gobierno de turno trata de implementar mecanismos para conseguir apoyo, inclusive por medio de la imposición de sus ideas, y entonces la censura aparece como un mecanismo idóneo para tratar de controlar el pensamiento de las personas.³⁸²

380 Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, 2.ª ed. (Barcelona: Gedisa, 1992), 124.

381 Real Academia Española, *Diccionario*.

382 Amplia información sobre el tema en Darío Melossi, *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y Control social en la conformación de la democracia* (Ciudad de México: Siglo XXI, 1992).

La posibilidad real de sostener un gobierno en función de un sustento ideológico pasa por el diseño de estrategias para incidir y manipular las ideas, para ello se hace necesario intervenir en el sistema educativo en especial las universidades, transformar en forma muy sutil los medios públicos en medios estatales, controlar los medios privados y comunitarios de comunicación y, finalmente, implementar mecanismos de control cultural.³⁸³

La censura en el arte y la cultura en sus diversas manifestaciones se presenta como una herramienta por la cual aparentemente poco se prohíbe, pero en realidad en el fondo todo está controlado, atentando contra los fundamentos democráticos más elementales de la convivencia social, pues:

En las sociedades plenamente democráticas, el único límite para el arte es la propia conciencia del artista. En ellas se comprende que la libertad de pensar y crear no solo es compatible con la paz del Estado, sino que el hecho de atentar contra el pensamiento y la creación libres representa un riesgo para la paz del Estado, que puede llevar directamente a su propia destrucción.³⁸⁴

La censura puede ser directa e indirecta, en el primer caso estamos frente a obstáculos, impedimentos y prohibiciones realizados desde el poder para impedir la creación y expresión de una obra artística.

Empero, y debido a los resguardos para tutelar a la libertad de expresión, es mucho más frecuente la censura indirecta, esto es aquellas medidas sutiles, casi imperceptibles, destinadas a cumplir los mismos objetivos que la censura directa, este tipo de censura también es conocida como censura suave, generalmente aplicada por un censor mucho más sofisticado y peligroso, y que es sumamente frecuente en países que se autoproclaman como democráticos.³⁸⁵

Los mecanismos que generalmente se implementan para ejercer la censura indirecta o suave básicamente pueden ser:

En primer lugar, un manejo direccionado de fondos públicos, de este modo los recursos destinados a financiar el arte y la cultura se convierten en un sistema de premio o castigo, según la opinión del poder, y de este modo los creadores deben observar una conducta complaciente, callar

383 Ver Guillermo Bonfil Batalla, "La teoría del control cultural en el estudio de procesos étnicos", *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas* IV, n.º 12 (1991).

384 José Rafael Herrera, "La censura contra el arte", *El Nacional* (Caracas) página de opinión de la edición del 10 de abril de 2014.

385 Recordemos que en muchos países existe a nivel normativo la prohibición de la censura, sin embargo en la practica el análisis, el examen, el control, en enjuiciamiento, y la hiperregulación son realidades comunes, que se revelan a través de "cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido" como lo establece el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia 52/1983, de 17 de junio de 1983. (Nota del autor)

ciertas expresiones, y acomodarse al discurso oficial se desea ser beneficiado con algún tipo de financiamiento.

En segundo lugar, la creación de camarillas de intelectuales, artistas y gente del medio para consolidar privilegios que funcionan solamente entre este grupo cerrado, e inclusive para llegar a controlar instituciones culturales públicas.

En tercer lugar, el abuso de facultades regulatorias, en especial en las instituciones públicas de cultura que, en medio de estatutos, reglamentaciones, instructivos y otras normativas ejercen un verdadero control sobre la creación y expresión libre del arte.

En cuarto lugar, la implementación de límites en el acceso a los medios de comunicación y circuitos de distribución del arte, de este modo el censor permite o no que una creación artística se muestre o no al público.

Y en quinto lugar, las coacciones extralegales, esto es el conjunto de mecanismos empleados desde el poder para ejercer control, sin necesariamente apoyarse en cuestiones de estricta juridicidad, tales como la compra de conciencias, la represión del disenso, la interferencia en las decisiones para afectar al derecho a participar en la vida cultural, etc.

Muchos de estos mecanismos han sido reconocidos inclusive en el Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artísticas presentado por la Relatora de Derechos Culturales de Naciones Unidas Farida Shaheed en el año 2013.³⁸⁶

La característica de estas medidas de censura indirecta es su ropaje de aparente legalidad, sin embargo, se trata de cuestiones ilícitas, ya que según la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión del SIDH:

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.³⁸⁷

No olvidemos que: “El objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares”.³⁸⁸

386 Shaheed, “El derecho a la libertad”.

387 Puede leerse en <http://www.oas.org/ES/CIDH/EXPRESION/showarticle.asp?artID=26&IID=2>, consulta: 2 de junio de 2016.

388 Ver Segunda Sala del Tribunal Constitucional de España, Sentencia n.º 34/2010, de 19 de julio de 2010 (BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010).

Y entonces encontramos que a más de la censura directa e indirecta existe también una censura previa del arte, tema que ya produjo un caso interesante en Ecuador, respecto a la acción de protección interpuesta contra la prohibición de exhibir obras de cierto contenido sexual en el Salón de Julio, evento organizado por el museo del Municipio de Guayaquil.

Esta censura previa implica una intervención arbitraria en la convivencia social, al punto que: “A través de ella se puede imponer una forma de vida “correcta” a las personas, es decir una forma de hablar, de pensar, de relacionarse con las personas, de apreciar el arte, de mantener el *statu quo*, de educar a las y los hijos, de que creencias religiosas practicar y de las líneas científicas que desarrollar, entre otras.³⁸⁹

Los efectos perjudiciales de la censura previa afectan a toda la sociedad, pues conculca derechos esenciales como el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, el derecho a la identidad cultural, el derecho de acceso libre al arte, el derecho a la memoria social, etc.

cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es solo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que se evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás.³⁹⁰

La censura previa es capaz de criminalizar la creación y expresión artística, a pesar de estar expresamente prohibida por varias constituciones en el mundo, y en el caso ecuatoriano en particular, en el num. 1 del art. 18 de la CRE que dice:

Artículo. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los

389 Juan Carlos Arjona Estévez, “Prohibición de la censura previa: Retos en el siglo XXI”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, coords., *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, 951-91 (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013), 983.

390 Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, num. 5, párr. 30; CADH, arts. 13 y 29.

hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.³⁹¹

La censura previa no solamente es ejercida por gobiernos, también por autoridades seccionales, instituciones privadas y medios de comunicación públicos y privados, y aunque resulte difícil de creer, constituye una práctica bastante común en el día a día del arte y la creación artística, pues generalmente se trata de confundir artificiosamente el reglamentar con el censurar, para maquillar el carácter arbitrario de ciertas disposiciones claramente censoras, y que en materia de defensa de derechos constituye la estadística oculta en los estudios que documentan las violaciones a los derechos de las personas.

La censura previa afecta directamente la circulación de la obra de arte, a través de un ejercicio censorante, legalizando la arbitrariedad en un sentido muy dañino en la esfera de la cultura, más aún cuando la censura se origina en el Estado, que constitucionalmente es la expresión de convivencia social a la que se ha confiado la capacidad de invertir y tutelar la empresa de creación cultural y salvaguarda del patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos; a esto hay que añadir la censura previa económica, la censura previa empresarial, y otras formas similares que se justifican con un sinnúmero de argumentos de diversa índole.

En la esfera de la filosofía del derecho se ha planteado una discusión sobre dos posturas contrapuestas respecto de la censura previa, la censura previa propiamente dicha y la censura de clase o *censura social*: “En el primer caso la censura previa, inspirada en el derecho natural, considera que la censura previa es un mecanismo para defender ciertos valores superiores que caracterizan la vida en sociedad y que, por supuesto, emana de aquella; al respecto, el filósofo Julián Marías se refiere a este tema como emanación defensiva de todo el cuerpo social”.³⁹²

La censura de clase, por otro lado, considera que, el argumento de la necesidad de defender la ley, el orden y la moral social son justificaciones antojadizas, que resguardan intereses o privilegios de las clases dominantes y las estructuras sociales, políticas e ideológicas por ellas mantenidas.³⁹³

En el presente trabajo, coincidimos con la segunda postura, y no dudamos en afirmar que la censura del arte en una sociedad democrática, sin lugar a dudas, es un mal absoluto, que es evidente en el acceso a los circuitos de circulación de expresiones culturales en Ecuador, y esta es la

391 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, Quito, RO 449 de 20 de octubre de 2008.

392 Antonio Beneyto, *Censura y política en los escritores españoles* (Barcelona: Ed. Euros, 1975), 66.

393 *Ibid.*, 22.

razón por la cual el constituyente de Montecristi, incorporó una norma en la Constitución, en el cual se establece que será responsabilidad del Estado: “Asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública, y difusión masiva no condiciones, ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público, a la creación cultural y artística nacional independiente”.³⁹⁴

El Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed, sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artística, en su apartado 57, señala lo siguiente:

Una cuestión importante se refiere a la pregunta de si la censura previa, que se impone antes de la producción o la publicación puede de una obra de arte, como las películas y obras de teatro o de arte público, con el propósito de “proscribir el contenido, prohibir su presentación pública y/o evitar que sus creadores trabajen con miras a su realización”, se ajusta a las normas internacionales de derechos humanos. Como cuestión de principio, se debe dar una respuesta negativa, en consonancia con las recomendaciones del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, que considera que los órganos de censura previa “no deben existir en ningún país”, y con la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estima que los Estados deben “abolir la censura de actividades”.³⁹⁵

Con ello podemos darnos cuenta de que la censura previa puede ejercerse en varios aspectos, inclusive en lo que tiene que ver con el acceso al espacio público, considerando que según lo establecido en el art. 23 de la Constitución ecuatoriana dicho acceso se considera como un derecho constitucional que permite a los ciudadanos participar en él, como ámbito de deliberación, intercambio cultural y cohesión social, el cual se complementa con el derecho que tienen los ciudadanos a difundir en el referido espacio público sus expresiones culturales, aspecto que ha sido recogido en el proyecto de Ley Orgánica de Cultura que se encuentra en trámite en la Asamblea Nacional.

El enfoque constitucional que se ha venido dando al espacio público en Ecuador, parecería generar un problema cuando lo relacionamos con el tema de la censura previa del arte, a partir justamente de las posibilidades de acceso o no al espacio público, dependiendo siempre de la opinión de quien administra dicho espacio y que deviene, finalmente, a constituirse en un censor.

Por tanto, creemos que restringir el acceso al espacio público con fines de difusión del arte es otra forma de censura a la libertad de expresar la

394 Art. 380, num. 3 Constitución de la República del Ecuador. (Nota del autor)

395 Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 2 de junio de 2016.

creación artística, puesto que “La formación de públicos para eventos en el espacio público es una tarea en construcción que debe apuntalarse con la democratización del acceso a la infraestructura cultural pública: teatros y museos”.³⁹⁶

La política de gestión del espacio público no debe hacerse sacrificando el ejercicio del derecho a la libertad de creación y expresión artística, por el contrario debe promover el apoyo a la creación, innovación y expresión artística, el derecho de todas las personas al acceso y de la participación en la cultura; y la garantía al pluralismo y a la libertad de pensamiento y expresión.

En este mismo orden de ideas, toma un lugar preponderante el acceso al espacio público como una condición fundamental para la realización del derecho al desarrollo,³⁹⁷ entendiendo al desarrollo, “no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”.³⁹⁸

En consecuencia, se vulneran los derechos de las personas, si se impide, se obstruye o se ponen obstáculos a la expresión del arte que muchas veces se levanta como la voz de los excluidos.

Tampoco hay que olvidar que existen artistas y creadores que día a día enfrentan estoicamente la exclusión, el desprecio y la represión, del Estado, de las industrias culturales, del mercado, del culto a la propiedad privada, el consumismo, el abuso de poder, la indolencia, indiferencia, la arbitrariedad y la prepotencia.

Entonces, de algún modo, la lucha por expresar el arte en el espacio público se presenta como un escenario en el cual las personas y los pueblos manifiestan su inconformidad y su pensamiento de manera pacífica con expresiones creativas, y llega a constituirse en una expresión del derecho a la resistencia, pues hacer arte es resistirse “al orden tradicional, a las injusticias, al poder a las imposiciones, a la homogenización, al sistema”³⁹⁹ y

396 Irina Verdesoto, “Gestión del espacio público para la cultura”, *El Telégrafo* (Quito), 12 de agosto de 2013.

397 La Declaración sobre el derecho al desarrollo de la ONU, adoptada el 4 de diciembre de 1986, en su artículo 1 dice: “1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”. (Nota del autor)

398 Ver artículo 3 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la UNESCO, adoptada el 2 de noviembre de 2001.

399 Ver “El arte como una de las formas de la resistencia”, publicado en *El Comercio* (Quito), <http://www.elcomercio.com/tendencias/cultura/arte-de-formas-de-resistencia.html>, consulta: 2 de junio de 2016.

aquello, naturalmente molesta al poder, pues constituye una oportunidad idónea para la participación de la colectividad, en una dinámica relación entre espectadores e intérpretes, de modo que esta forma de hacer resistencia constituye un mecanismo altamente efectivo y nada tradicional que es capaz para estimular la autovaloración, la autoestima, la autoconciencia y, por tanto la dimensión que puede alcanzar es bastante importante, ya que por ejemplo, “en algunas situaciones históricas y políticas, uno necesita tal vez pensar que una canción puede influir de alguna manera y transformar la realidad. Creer que eso puede suceder es estimulante, sientes que tienes una razón de ser, aunque al final no pase nada”.⁴⁰⁰

Farida Shaheed, en el Informe sobre el Derecho a la Libertad de Expresión y Creación Artística, respecto al espacio público evidencia las dificultades que existen sobre este tema, cuando en su apartado 68 dice:

Las personas que participan en actividades creativas enfrentan múltiples dificultades, como, por ejemplo: a) la renuencia de la burocracia a autorizar el uso gratuito de los espacios públicos y la demora en hacerlo; b) la arbitrariedad en la concesión de permisos y la exigencia de obtener autorizaciones múltiples de diversas autoridades; c) la censura de los contenidos antes de conceder la autorización; d) sistemas inadecuados o abusivos de concesión de licencias a los artistas callejeros y a la actuación en vivo; y e) la invasión cada vez mayor del espacio público por la propiedad privada.⁴⁰¹

El poder trata de impedir la expresión libre de la reacción artística, porque sospecha de una cultura de la transgresión, que de algún modo justifica la confrontación a la que ya nos hemos referido en párrafos anteriores, entre la institucionalidad controladora y la libertad del artista. La libre creación y expresión artística constituye un elemento crítico y emancipador, por tanto se debe controlar, ya sea degenerando al arte en simple mercancía, o invisibilizando el arte liberador, reflexivo y crítico, con lo cual se pretende, de forma descarada, que el activismo cultural quede castrado.

Se implanta una cultura oficial levantada sobre el sometimiento, el clientelismo, la represión solapada y la vulneración a la libertad de creación y expresión artística, cuestión que se evidencia con el manejo discrecional por ejemplo, de los espacios culturales, del financiamiento de la cultura, y de la gestión de la institucionalidad cultural; de modo que el escenario se vuelve mucho más complejo cuando desde la libertad de creación

400 Esta frase del cantautor filipino Luis Eduardo Aute, fue recogida en el artículo “Aute: Una canción no cambia el mundo, pero no está mal pensar que podría”, publicado en *Diario el Tiempo de Cuenca*, en la edición del 30 de mayo de 2009

401 Shaheed, “El derecho a la libertad”, consulta: 2 de junio de 2016.

y expresión artística se trata de ejercer el derecho de resistencia cultural frente a la cultura impuesta, puesto que:

Si el arte se caracteriza por la composición de la sensación, como antes se ha afirmado, por la acción de afectos y preceptos que no deben ser subsumibles ni legibles desde el orden de la opinión, la comunicación y la información; si da lugar a nuevas maneras de ver, oír y sentir, si distorsiona así la lógica discursiva dominante, su orden de la ilustración, la narración y el sentido, surge una primera presunción de su politicidad por ser un ejercicio de resistencia frente a las dinámicas del control.

En efecto, los estatutos discursivos, los órdenes de asociaciones significantes de las sociedades de control, generan maneras de hacer visible, aprehensible y comprensible la experiencia, dan lugar a órdenes sensibles que suponen modelos de codificación de la sensibilidad del sujeto reduciendo la potencia de la realidad, de la intensidad, de la experiencia y del devenir. Ellos producen subjetividades y modos de vida obedientes al control que sostienen el orden de lo homogéneo, de la repetición, de la semejanza.⁴⁰²

El arte es fruto de la creación y al manifestarse se vuelve una forma de resistencia, pues escapa a la simple comunicación para oponerse al sistema de control, de hecho la libertad de creación y expresión artística es siempre una pretensión revolucionaria, que expresa la asimetría entre poder y resistencia cultural desde la creación artística, pues define nuevos horizontes emancipatorios reforzando la diferencia.

Se puede plantar frente al poder, ejerciendo la libertad de creación y expresión artística, como una forma de resistir frente a la hegemonía de un sistema, que controla a través de los mecanismos de censura; en consecuencia, si la censura de la creación y expresión artística constituye la expresión del modelo dominante, entonces el arte como no-poder dentro del sistema trata de reconfigurar la realidad, y la realidad finalmente se muestra como un espectáculo, ya que:

El espectáculo se presenta a la vez como la sociedad misma, como una parte de la sociedad y como instrumento de unificación. En tanto que parte de la sociedad, el espectáculo es expresamente el sector que concentra toda mirada y toda conciencia. Por el hecho mismo de estar separado, este sector es el lugar de la mirada abusada y de la falsa conciencia; la unificación que este sector establece no es otra cosa que un lenguaje oficial de la separación generalizada.⁴⁰³

La libertad de creación y expresión artística es censurada de diversas formas porque, el sistema hegemónico está consciente de su dimensión

402 Di Filippo, "Arte y resistencia política", http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-71812012000100003&lng=es&nrm=iso. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-71812012000100003>, consulta: 17 de agosto de 2014.

403 Guy Debord, *La sociedad del espectáculo*, trad. Rodrigo Vicuña Navarro (Santiago de Chile : Edic. Naufragio, 1995), 8.

política, en una esfera distinta en una no-realidad, capaz de denunciar la dictadura de los medios, la perversa manipulación de la cultura desde el Estado, la moral utilitarista, la mercantilización de la vida, los simulacros de la política, la espectacularización artificiosa de la realidad; y llega a atreverse a mostrar cierto interés por intentar hacer correcciones al pensamiento racionalista insensible, apelando a la libertad, la imaginación, la trasgresión de lo establecido, la posibilidad de imaginar otro mundo.

En esta lógica, nada podría ser más revolucionario que el arte, que convoca fuerzas difícilmente domesticables, y entonces el poder emplea la censura, explicándose este modo la tensión existente entre libertad de creación y expresión artística como una forma de resistencia.

Censura del mercado

No podemos dejar de referirnos brevemente al tema de la llamada censura del mercado, que somete al arte a los dictados de la rentabilidad, de modo que el trabajo artístico está supeditado al gusto de los consumidores, a las lógicas del mercado y a las exigencias comerciales; inclusive existe una fuerte crítica, por ejemplo, a los concursos literarios que finalmente son un farsa, al ser más bien mecanismos para posicionar un autor o una obra, es decir estrategias de *marketing* nota.

En la cotidianidad, el arte no escapa del proceso de *farandulización*, en cuya lógica la censura el mercado provoca un grave daño a la libertad de creación y expresión artística; al respecto, tal y como lo explica el Informe de la Relatora Especial, Farida Shaheed, en su apartado 75:

Resultan especialmente preocupantes: a) la consolidación de sociedades en todas las ramas de la producción cultural, que a menudo se traduce en un control monopolístico de facto; y b) la constitución de imperios empresariales formados por conglomerados de medios de comunicación, artes y empresas de entretenimiento, y sus consecuencias en las libertades artísticas y el acceso de las personas a las artes. Cadenas enteras de producción de obras de arte, en particular en el ámbito de la música y el cine, son controladas desde la creación hasta la distribución por determinadas empresas. Estas también pueden tener control sobre librerías y salas de conciertos y de cine. Esto puede llevar a situaciones en que, por ejemplo, las canciones de protesta de grupos musicales contra planes de guerra sean retiradas de cientos de emisoras de radio controladas por un conglomerado de medios de comunicación, o cualquier CD catalogado como desaconsejable por la etiqueta de "Recomendación para los Padres" sea censurado por las grandes tiendas minoristas, y los músicos y compañías discográficas se pongan de acuerdo para crear una versión "saneada" de la letra para determinadas megatiendas.⁴⁰⁴

404 Shaheed, "El derecho a la libertad", consulta: 4 de junio de 2016.

Autocensura

La autocensura constituye un tema distinto al de la censura, por cuanto no se trata de un límite exterior, sino de una forma de autorrepresión del arte, de las ideas, o de la libre expresión, generalmente por temor a las consecuencias posteriores.

La autocensura se presenta cuando existe omisión voluntaria de la expresión personal de las ideas, por temor de a sufrir las consecuencias que aquello pudiera generar; además, puede producirse por miedo a recibir sanciones o, a enfrentar al poder y a la autoridad.

La autocensura consiste en que la persona no manifiesta su verdadera opinión por miedo a las consecuencias o, en términos más generales, consiste en renunciar a la libertad personal por temor a las consecuencias. (...) También podríamos definirlo como el acto de censurar o clasificar nuestro propio trabajo; se puede hacer por miedo, por deferencia o temor a herir susceptibilidades de otras personas, sin la presión abierta o expresa de cualquier parte específica o institución de autoridad. La autocensura, a menudo, es practicada por productores fílmicos, directores cinematográficos, editores, periodistas, músicos, presentadores de noticias, entre otros. En países con sistemas autoritarios de gobierno, los creadores de alguna expresión artística eliminan de su obra, material que su gobierno podría encontrar controversial por miedo o temor a ser sancionado por los gobernantes.⁴⁰⁵

Generalmente, la autocensura es la forma más idónea de restringir la libertad de creación y expresión artística, pues es muy difícil descubrir las razones o encontrar evidencias de que un artista decidió silenciar o transformar su obra, por temor a represalias.

Tipos de autocensura

Existen diferentes tipos de autocensura entre las que podemos señalar:

La autocensura explícita, la misma que se produce cuando el autor de una obra acepta las supresiones o modificaciones señalados por el censor, un ejemplo claro de este tipo de auto censura fue lo ocurrido en Argentina con la dictadura argentina que inició en el año 1976, con el reconocido roquero Charly García, quien modificó un verso de su canción *Botas locas* que decía: “Si ellos son la patria yo soy extranjero” por “si ellos son la patria yo me juego entero” con el propósito de evadir la represión imperante.

La autocensura consciente, que se refiere a la censura que se impone a sí mismo un autor, cuando este quiere voluntariamente ponerse al servicio

405 Diccionario on line Lexicoon, <http://lexicoon.org/es/autocensura>, consulta: 1 de agosto de 2017.

de un partido político, una ideología, una institución, una entidad comercial, etc. Un ejemplo claro de esto es el caso de Veit Harlan, director de cine alemán pronazi que inclusive fue procesado como criminal de guerra, y quien en su defensa argumentó que sus obras de carácter antisemita, las realizó obligado, razón por la cual fue absuelto de los cargos en su contra.

La auto censura inconsciente, que tiene que ver con los valores, ideas, concepciones que tiene el autor respecto a la forma de concebir su obra, por ejemplo, un pintor musulmán que por sus creencias religiosas se abstiene de hacer una imagen del profeta Mahoma.

Elementos de la autocensura

La autocensura por temor a represalias, básicamente posee dos elementos que la caracterizan: un elemento subjetivo, que es el temor a sufrir una represalia, y un elemento objetivo que se materializa en aquella parte de su obra que decidió modificar, suprimir o cambiar; o la obra misma que el creador decidió no hacer pública.

La conjunción de estos dos elementos es lo que permite que la autocensura cumpla su cometido. Al respecto, el Informe sobre Libertad de creación y Expresión Artística presentado por la relatora de Derechos Culturales en su apartado 49 manifiesta:

Se han presentado casos de instituciones culturales y artistas que se han abstenido de presentar “obras polémicas” por las fuertes presiones a las que los han sometido las comunidades, incluidas amenazas y actos de violencia, y de “autoridades políticas y administradores de las artes que prácticamente han aceptado el argumento de que es moralmente inadmisibles ofender a otras culturas”. Hay que recordar que, dentro de cualquier identidad colectiva, siempre habrá diferencias y debates sobre significados, definiciones y conceptos. Entender quién habla por determinada cultura o comunidad y velar por que no se conceda a una sola voz primacía sobre otra, sobre todo a causa de prejuicios, constituyen desafíos particulares. El temor de que algunas comunidades puedan protestar no debe ser suficiente para concluir que algunas obras de arte no deben ser expuestas o presentadas, pues a menudo un cierto nivel de controversia y conflicto es inherente al arte contemporáneo.⁴⁰⁶

En Ecuador, la autocensura en sus diversas modalidades existe, y nada se hace para garantizar el derecho a la libertad de creación y expresión artística, que lamentablemente se la toma como una cuestión de poca importancia o como un derecho de segunda categoría, imponiéndose esta forma de silenciar las expresiones artísticas más críticas y vanguardistas, “porque la naturaleza del autoritarismo es simplista, desprecia el análisis,

406 Shaheed, “Informe sobre derechos culturales”, consulta: 4 de junio de 2016.

la crítica, la organización social autónoma o el arte, entre otras formas de cultura global...".⁴⁰⁷

La libertad de creación y expresión artística en el constitucionalismo ecuatoriano

La historia del constitucionalismo ecuatoriano arranca en el año de 1830 cuando se reúne en la ciudad de Riobamba la primera Asamblea, expresión del poder constituyente, cuyo objetivo fundamental fue justamente la creación de una nueva república a raíz de su separación de la Gran Colombia, que toma el nombre de una línea imaginaria de la tierra, que cruza el territorio nacional de este a oeste, desechando por presiones regionalistas, el nombre histórico de República de Quito, que debió mantenerse en memoria del mítico reino ancestral.⁴⁰⁸

Para Juan Larrea Holguín, la experiencia colombiana significó para Ecuador una suerte de resultados positivos en el sentido de haber recibido unas leyes republicanas forjadas al calor de la lucha independentista e inspirada en los ideales de la Revolución francesa.⁴⁰⁹ En el referido texto constitucional no encontramos ninguna norma que se refiera a las libertades culturales, menos aún a la libertad de creación y expresión artística, situación que se mantiene en las Constituciones de 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906.

En la Constitución 1929, en el art. 151, num. 13, se habla de la libertad "de opinión, de palabra, por escrito, por la prensa, por medio de dibujo o de cualquier otra manera" lo que significaría un incipiente reconocimiento al derecho a expresarse por medio del arte, si queremos entender en forma amplia la frase "o de cualquier otra manera". Esta redacción ambigua más bien fundamentada en la libertad de opinión y expresión general se mantiene en las Constituciones de 1937, 1938, 1945 y 1946.

Un hecho que no debe ser olvidado por su trascendencia y es que "El 9 de agosto de 1944, el presidente de la República del Ecuador, doctor José María Velasco Ibarra, promulgó el Decreto Ejecutivo 707, mediante el cual

407 Decio Machado, "Reflexiones sobre la coyuntura política actual en el Ecuador", *La barra espaciadora*, 28 de mayo de 2014, <http://labarraespaciadora.com/portal1/2014/05/28/reflexiones-sobre-la-coyuntura-politica-actual-en-el-ecuador/>, consulta: 9 de agosto de 2014.

408 La Primera Constitución de lo que hoy es Ecuador, dice: "Artículo 1º.- Los departamentos del Azuay, Guayas y Quito quedan reunidos entre sí formando un solo cuerpo independiente con el nombre de Estado del Ecuador[...]".

409 Juan Larrea Holguín, "La Constitución de 1830 y su influencia en la formación de la nacionalidad", en Ecuador IAEN, *Homenaje a la República del Ecuador en ocasión del Sesquicentenario de la expedición de su primera Constitución política* (Quito: IAEN, 1980), 17.

se crea la Casa de la Cultura Ecuatoriana; institución orientada a fortalecer el devenir histórico de la patria y cuyo fundamental propósito busca:

dirigir la cultura con espíritu esencialmente nacional, en todos los aspectos posibles a fin de crear y robustecer el pensamiento científico, económico, jurídico y la sensibilidad artística de la colectividad ecuatoriana".⁴¹⁰ Esta institución cultural nace de la "teoría de la nación pequeña" sustentada por el intelectual ecuatoriano Benjamín Carrión, que pretende levantar Ecuador de la terrible experiencia histórica a consecuencia de la guerra de 1941 que culminó con el Protocolo de Río de Janeiro que significó una mutilación territorial dramática para los ecuatorianos, y una severa derrota militar, es por ello que la idea de un Ecuador aunque militarmente limitado y pequeño también en extensión, podía ser grande en cultura, se la debemos precisamente a Benjamín Carrión, y por ello personalmente considero que los fundamentos de la idea del Estado de Cultura en Ecuador los encontramos precisamente en esta teoría de la nación pequeña, que "no es más que un llamado a los ecuatorianos para formar una gran patria de cultura."⁴¹¹

La Casa de la Cultura Ecuatoriana fue creada oficialmente el 9 de agosto de 1944, durante la presidencia del doctor José María Velasco Ibarra, quien promulgó su creación en el Decreto Ejecutivo 707, en el que se describe como propósito fundamental de esta institución el "[...]dirigir la cultura con espíritu esencialmente nacional, en todos los aspectos posibles a fin de crear y robustecer el pensamiento científico, económico, jurídico y la sensibilidad artística de la colectividad ecuatoriana".

La Constitución de 1967 es la que trae algunas innovaciones importantes para nuestro estudio, entre ellas el reconocimiento expreso por el cual el Estado ecuatoriano se compromete a garantizar y promover los derechos humanos en su art. 23, la garantía del libre acceso a la cultura en el art. 24, la libre participación en la vida cultural de la comunidad en el art. 28, num. 6; la tutela del patrimonio cultural de la nación en su art. 58; y especialmente el reconocimiento al derecho de los autores nacionales y extranjeros sobre sus creaciones literarias artísticas y científicas, confiando a la ley la regulación del ejercicio de este derecho con el fin de conciliar con la función social inherente a la creación cultural, según lo determina el art. 28, num. 13.

Lo que significa que en este texto constitucional por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano aparecen categorías tales como libre acceso a la cultura, libre participación en la vida cultural, y creación artístico-cultural, patrimonio cultural, evidentemente fruto de la importa que

410 La cita ha sido tomada del sitio web de la Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión", <http://cce.org.ec/index.php?id=27>, consulta: 6 de julio de 2012.

411 El texto de Fabián Guerrero Obando puede leerse en *Agulha Revista digital de cultura*, <http://www.revista.agulha.nom.br/ag67bienalobando.htm>. consulta: 6 de julio de 2012.

deja en el mundo la DUDH de 1948 y los Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.⁴¹²

La Constitución de 1978 mantiene el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, pero además en su art. 26 señala que el Estado ecuatoriano deberá fomentar la cultura, la creación artística, la investigación científica y debe velar por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica. Como podemos constatar la categoría *creación artística*, ya aparece en forma definida en este texto constitucional.

La Constitución de 1998 por su parte, reconoció el derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, pero además en los arts. 62 y 63 de la sección séptima se incluyen unos principios que fortalecen la creación artística y de la cultura el general, aunque no existe un expreso reconocimiento de los derechos culturales como ocurre en la Constitución de Montecristi del año 2008.

La Constitución vigente, como se analizó, es la que abre la puerta en Ecuador al constitucionalismo cultural; existe un amplio reconocimiento a los derechos culturales en general y expresamente a la libertad de creación y expresión artística.⁴¹³

El problema del enfoque ecuatoriano radica en pretender atar los derechos culturales y como, no la libertad de creación y expresión artística al funcionamiento del Sistema Nacional de Cultura, pretendiendo desconocer que los derechos culturales van mucho más allá de la simple institucionalidad del Estado y de las políticas públicas para el sector cultura.

Desde el año 2008 hasta el año 2016 la Asamblea Nacional no aprobó la Ley Orgánica de Cultura de Ecuador, y consecuentemente el Sistema Nacional de Cultura expresado en la norma constitucional, ha demorado su funcionamiento en la praxis, con lo cual luego de la aprobación de la Constitución vigente, el sector cultural quedó flotando en un limbo jurídico de indefinición a consecuencia de una transición que lamentablemente postergó la realización de los derechos culturales y evidenció que el constitucionalismo cultural ecuatoriano, inicialmente existiría solo en el papel. A

412 Al hablar de Pactos de Nueva York o Pactos gemelos, nos referimos a los adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966: PIDCP y el PIDESC.

413 Constitución ecuatoriana; "Artículo 377.- El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales". (Nota del autor)

partir de la publicación de la Ley de Orgánica de Cultura en diciembre de 2016, respecto al Sistema Nacional de Cultura y su concomitante modelo de gestión las cosas no han cambiado, existiendo siempre el riesgo de que un excesivo intervencionismo por parte del Estado, finalmente, termine por híperburocratizar y asfixiar al sector cultura.

Las consecuencias de la falta de garantía a la libertad de creación y expresión del artista ecuatoriano son sumamente graves e impactan en la economía nacional, por ejemplo en la esfera de la música ecuatoriana, según Pablo Salgado Jácome, el 91 % de canciones que suenan en las radios nacionales son de procedencia extranjera y apenas el 9 % son canciones de autores nacionales, ello significa que la industria musical que deberá generar 221 millones de dólares al año solamente está produciendo 43 millones.⁴¹⁴ Esta es la razón por la cual la Ley de Comunicación dispone que las emisoras de radio que emitan programas musicales deberán rotar el 50 % de la música producida, compuesta o ejecutada en Ecuador; el problema es de cumplimiento, pues en la práctica los medios de comunicación son sumamente hábiles para manipular las posibilidades de acceso de los artistas, y finalmente no es el arte sino el mercado el que controla la situación en función de sus intereses.

A partir de su reelección en el año 2013, el presidente Rafael Correa empieza a hablar a nivel de medios de comunicación sobre la necesidad de promover la cultura como un elemento importante en el cambio de la matriz productiva, el planteamiento se empieza a configurar con algunos proyectos oficiales, tal es el caso de la creación de la Universidad de las Artes.

En cuanto al tema de las industrias culturales bien podría ser una política adecuada para fomentar, promover y garantizar la libertad de creación y expresión artística y los demás derechos culturales o un pretexto para mercantilizar la cultura, toda vez que según el segundo inciso del art. 109 de la Ley Orgánica de Cultura se considerarán industrias culturales y creativas a aquellos sectores productivos nacionales que tienen como objetivo la producción, distribución, circulación, intercambio, acceso y consumo de bienes y servicios culturales y creativos encaminados a la generación de valor simbólico y económico, disposición bastante general y escueta.

Según el artículo “La revolución cultural y las industrias culturales correístas en Ecuador”, escrito por Odiseo Runa, las industrias editoriales, audiovisuales, fonográficas y de artes plásticas y visuales, que han generado en Ecuador ingresos de 2.7 millones de dólares al año y 46.162 puestos de

414 Pablo Salgado Jácome, “En Ecuador solo música extranjera”, *El Telégrafo*, 23 de enero de 2013, <http://www.telegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/en-ecuador-solo-musica-extranjera.html>, consulta: el 17 de enero de 2014.

trabajo en el año 2009 son industrias integradas al sistema capitalista pero, absolutamente marginales en relación con el Presupuesto General del Estado que viene superando los 20 mil millones de dólares anuales en los últimos años del gobierno; de modo que el aporte de estas al PIB, no llegarían al 1,7.⁴¹⁵

En los años 40, desde una perspectiva filosófica Max Horkheimer y Theodor W. Adorno escriben el libro *Dialéctica de la Ilustración*⁴¹⁶ en el cual hay un capítulo intitulado “La industria cultural: Ilustración como engaño de masas”, en el que los autores anuncian con vehemencia que la producción de creatividad, se constituiría en un proceso serializado, estructurado y clasificado, en el que la mayoría de sus actores, que anteriormente se entendían como resistencia, terminarán siendo finalmente controlados como serviles empleados, de modo que dependencia y servidumbre de las personas será el objetivo final de las industrias culturales.

Pretender desarrollar la creatividad artística significa apostar por un modelo de inspiración claramente neoliberal, que de algún modo se implementó en Ecuador a través de mecanismos como los fondos concursables que en la práctica han transformado a los artistas en “gestionadores más ocupados en hacer *lobby*, en llenar interminables cuestionarios, y adecuar facturas que en dotar de complejidad sus enunciados artísticos. De esta manera se elimina el pensamiento crítico y divergente, se consigue un arte formateado para las postulaciones, edulcorado y homogenizado”.⁴¹⁷

Se espera que en la Ley Orgánica de Cultura y la implementación del subsistema de artes e innovación las cosas mejoren, considerando que según el art. 105 de la ley, comprenderá todas aquellas acciones encaminadas a generar condiciones favorables para el desarrollo de la creación artística, la producción y la circulación de bienes y servicios culturales y creativos; eso si consideramos que el riesgo de la mercantilización de la cultura esta latente.

Estimamos que la visión de un desarrollo de la libertad de la creatividad y la expresión del arte en Ecuador y bajo la lógica de una Constitución del buen vivir, no puede tomar como punto de partida las industria culturales en lugar de los derechos culturales; por ello y ante los pronunciamientos oficiales, nos planteamos algunas de interrogantes medulares: ¿Cómo pretendemos desarrollar industrias culturales si hasta este momento no

415 Amplia información en Odiseo Runa, “La ‘revolución cultural’ y las ‘industrias culturales’ correitas”, <http://cultural.argenpress.info/2013/07/la-revolucion-cultural-y-las-industrias.html>, consulta: el 23 de enero de 2014.

416 Theodor Adorno y Max Horkheimer, *Dialéctica de la ilustración: Fragmentos filosóficos* (Madrid: Akal, 2007).

417 Tomás Ochoa, “En el arte ¡es el modelo estúpido!”, *El Comercio* (Quito) sección tendencias, domingo 26 de enero de 2014, 24.

sabemos cómo vamos a garantizar efectivamente los derechos culturales?, ¿será saludable para el buen vivir el convertir al arte ecuatoriano en una mercancía?, ¿cómo vamos a implementar el fomento de las artes sin caer en la centralización estatista ni en la avaricia capitalista? ¡Sin lugar a dudas estas son cuestiones que deben ser ampliamente debatidas de manera urgente.

Va a generarse todo un sentimiento de agobio generalizado respecto al futuro de las creatividad y expresión artística en el país, si por un lado la promesa constitucional en lo que se refiere a libertad de creación y expresión cultural, que encarna el discurso más avanzado de los derechos culturales no se cumple, y si por el contrario se pretende atar la libre creación y expresión del arte a la visión de las industrias culturales, lo cual puede resultar completamente inconveniente, en especial si tenemos presente que las industrias culturales, según Adorno y Horkheimer, se expresan como la integración de la lógica capitalista en la creación y distribución del arte, y entonces posiblemente el desafío para el régimen ecuatoriano del buen vivir sea plantear otro tipo de industrias culturales o industrias creativas, sin embargo, hasta el momento no vemos hacia donde se orienta la visión oficial, y que tipo de coherencia mantiene con el sistema constitucional ecuatoriano garantista de derechos, que además apuesta por un modelo de desarrollo social y solidario, que pretende ser una alternativa al capitalismo.

Resulta útil recordar que hay algunos productos considerados arte comercial, que son consecuencia de ciertas prácticas creativas con fines de lucro, empero, por otro lado, se encuentran expresiones de la creatividad cuyo objetivo es de expresar ideas, sentimientos, o visiones del mundo y la realidad, o crear cuestiones absolutamente irreales o ficticias, pero sin tener como finalidad el dinero. La discusión es subjetiva, pues mientras Platón expulsó metafóricamente de su República ideal a los artistas, para Nietzsche, al arte es la clave del pensamiento y la filosofía, habrá que ver en los próximos meses o años, cuál es el verdadero rol de la libertad en la creatividad y el arte en Ecuador del buen vivir.

El 26 de junio de 2017 el presidente Lenín Moreno presentó una estrategia de política exterior para potenciar la presencia de Ecuador en el mundo en la cual se tomó en cuenta al sector cultura, con el fin de lograr la inserción estratégica del país, presentándolo como una verdadera potencia turística, cultural y exportadora de bienes y servicios de alta calidad. Para ello se planteó contar con insumos en campos como las políticas de movilidad de los artistas, la salvaguarda del patrimonio, la economía de la cultura, el turismo y su promoción, la oferta de bienes y servicios culturales,

así como el intercambio de buenas prácticas para la promoción de la cultura en el exterior, con el fin de que la cultura y el turismo sean motores del desarrollo sostenible.

Más allá de esta declaración de buenas intenciones, muy poco se ha hecho por dinamizar el sector de las artes y la cultura.

La libertad de creación y expresión artística en el Estado ecuatoriano

El art. 1 de la CRE de 2008, señala que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

Cuestión que nos invita a plantearnos si Ecuador puede considerarse un *Estado de cultura*, concepto, cuyo origen se sitúa en 1806 en la obra del filósofo alemán Johann Gottlieb Fichte,⁴¹⁸ quien planteó la idea en un sentido muy amplio, pues para él, Estados de cultura eran los Estados europeos occidentales surgidos en tiempo del cristianismo, sin embargo, el concepto jurídico como tal se iría consolidando con el tiempo. Formalmente el concepto *Estado de cultura* fue recogido por primera vez en Alemania, concretamente en la Constitución del Estado de Baviera, de 1946, que en su art. 3 estableció que Baviera es un Estado de derecho, de cultura y social que sirve al bien común; al respecto y según el académico alemán Dieter Nohlen:

Se considera que el Estado cultural moderno se caracteriza por los siguientes elementos: la autonomía de la cultura frente al Estado, la correspondiente neutralidad de este con respecto a aquella, el fomento cultural a través del Estado en el sentido de la protección y cuidado de los bienes culturales (aspecto tradicional) y la realización de actividades culturales y artísticas (aspecto innovador), así como, finalmente, la participación de la población en la cultura. En el Estado cultural de las sociedades industrializadas, por consiguiente, la relación entre la cultura y el Estado toma una forma específica.⁴¹⁹

En España, la idea del Estado de cultura la encontramos en el pensamiento del filósofo Luis Legaz Lacambra, que lo plantea como un Estado que subrogaría a la Iglesia como educador del pueblo y defensor de la moralidad pública, concepto que ha llegado hasta nuestros días, habiéndose introducido inclusive en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, a través de un voto particular a la sentencia de 13 de febrero de 1981 en la parte que dice: “Con ella el Estado, *en cuanto Estado de Cultura*,

418 Johann Gottlieb Fichte, *Discursos a la nación alemana*, trad. Luis A. Acosta y María Jesús Varela (Barcelona: Orbis, 1977).

419 El texto completo puede leerse en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3045/2.pdf>, consulta: 17 de julio de 2012.

trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo⁴²⁰ (Énfasis añadido).

Un tema que si bien no es materia central de este trabajo, pero que en virtud de su importancia no podemos dejar de mencionar, es el que aborda la relación entre el Estado y la cultura, cuyas implicaciones nos serán de gran utilidad al momento de evidenciar su rol frente al ejercicio de la libertad de creación y expresión artística. Johann Rudolf Rocker considera que la historia del hombre es la historia de la cultura, por ello resulta importante señalar que si bien vale la pena contar con un apoyo desde la estructura estatal para generar condiciones adecuadas de desarrollo cultural, sería contraproducente tratar de ejercer un control y una planificación milimétrica sobre el quehacer cultural.⁴²¹

La creatividad artística, no puede ser instaurada por decreto, pues al igual que la cultura, se crea a sí misma y surge espontáneamente de las necesidades de los seres humanos en su convivencia social, es dinámica y está siempre en proceso de creación y búsqueda de formas de expresión, de tal forma que si los Estados se extinguen, las culturas y la creatividad artística mutan y siguen existiendo.

El Estado se muestra favorable únicamente a aquellas formas de acción cultural que favorecen la conservación de su poder, al tiempo que desincentiva, reprime y hasta persigue aquellas manifestaciones culturales que puedan considerarse subversivas, tal y como veremos en este estudio al momento de reflexionar sobre el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en la esfera de la canción de autor; por ello es evidente que la voluntad estatal direcciona el quehacer cultural, según sus intereses, aunque seguramente en función de la dialéctica contradicción entre Estado y cultura, ambos se encuentran en el campo de acción común de la convivencia y colaboración humana, y se ven obligados a encontrar puntos de coincidencia y confrontar al mismo tiempo a sus fines y objetivos.

El vigor de las expresiones culturales se manifiesta de forma natural contra la presión de las instituciones sociopolíticas de dominación,

420 Tribunal Constitucional Español, Pleno, Sentencia 5/1981 de 13 Feb. 1981, rec. 189/1980, <http://biblioteca.parlamento-cantabria.es/dossier/dossier92/JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL/STC%205%201981.pdf>, consulta: 11 de octubre de 2011.

421 Rudolf Rocker, es autor de un libro llamado *Nacionalismo y cultura*, en el cual plantea que la cultura y el poder son esencialmente conceptos antagónicos. Albert Einstein, Gabriel Zaid, Carlos Monsiváis, Thomas Mann, Bertrand Russell y Octavio Paz recomiendan la lectura de este libro por la importancia de sus argumentos. El libro puede leerse en Biblioteca Virtual Antorcha, http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/nacionalismo/indice.html, consulta: 16 de julio de 2012.

evidenciando un conflicto de intereses entre las minorías privilegiadas frente a las reivindicaciones de la ciudadanía, surge entonces una cierta relación jurídica, cuyo fundamento será la dignidad humana, que se expresa en la lucha por el reconocimiento de ciertos derechos que pongan límites al poder del Estado, y se confirman mediante Constituciones, tratados e instrumentos internacionales y leyes, los márgenes de acción entre poder y la cultura.

Este sucinto panorama expuesto en este acápite, respecto a la idea de un Estado de cultura de raíz europea, en el cual la cultura dominante, por así decirlo, encarna la cultura oficial del Estado, frente a otras que no cuentan, genera y promueve todo tipo de reflexiones, en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano con respecto a la conceptualización de la interculturalidad, que hace un fuerte cuestionamiento al Estado monocultural, ya que la interculturalidad “no es simplemente cultural, sino también política y, además, presupone una cultura común. No hay interculturalidad si no hay una cultura común, una cultura compartida”.⁴²²

En la hora presente la idea de un Estado de cultura no puede dejar a un lado el tema de la diversidad que es esencialmente cultural, razón por la cual la Asamblea de Montecristi define en el texto constitucional a Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, como expresión renovadora del nuevo constitucionalismo andino plurinacional, intercultural y poscolonial, que vendría a constituir un paso hacia adelante en la concepción del Estado de cultura hacia el Estado intercultural, lo que significa una transformación innovadora para Ecuador.

Según la Constitución vigente el territorio de Ecuador es una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, e inclusive el poder del Estado, es un ejercicio cultural y no natural, al punto que el Estado constitucional, como lo enseña Häberle se encuentra fundado y limitado por la norma constitucional y en su desempeño se halla al servicio de la libertad cultural.⁴²³

El libro, *Cultura, culturas y Constitución*,⁴²⁴ de Jesús Prieto de Pedro, introduce a un concepto más contemporáneo de Constitución cultural, concepto muy útil para la presente reflexión pues siguiendo la línea planteada por este autor, podemos claramente identificar en la Constitución vigente, la existencia de una cultura ecuatoriana plural y diversa, y una perspectiva intercultural de las culturas, que configura la estructura constitucional, superando la idea de la diversidad de “pueblos” presente en su antecesora es decir la Constitución de 1998, que es lo que nos permitiría avanzar

422 Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, 70-9.

423 Häberle, *El Estado*, 181.

424 Jesús José Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución* (Madrid: CEC, 2004).

al concepto de plurinacionalidad con lo cual la cultura se transforma en la herramienta que permite iniciar un proceso de descolonización, de reivindicación de los pueblos históricamente relegados y de reconfiguración de las relaciones de poder en Ecuador.

La concepción plurinacional e intercultural del Estado es la evidencia irrefutable que el fundamento de los ámbitos materiales del constitucionalismo cultural ecuatoriano es un concepto amplio, abierto y complejo de la misma, que abarcaría tanto la cultura de la tradición y la ilustración burguesas, así como la cultura popular y de masas, tanto como las culturas alternativas y las erróneamente llamadas subculturas y contraculturas, de modo que la convivencia, el intercambio y la dinámica entre la cultura artística pura, la cultura popular, las subculturas, la cultura de consumo, la cultura activa y las contraculturas, garantizando efectivamente su libertad de creación y expresión artística; serían una auténtica garantía de la diversidad cultural, el pluralismo y la democracia.

Siguiendo la metodología del profesor Prieto, y aplicándola al caso ecuatoriano, la Constitución cultural se estaría expresando en una especie de sistema escalonado, siendo su primer peldaño el pluralismo cultural, en tanto el segundo lo constituiría la cultura nacional entendida como patrimonio común colectivo, y el nivel más avanzado el Estado plurinacional, lo cual deja claramente delimitada la esencia de la cultura constitucional ecuatoriana. En este punto no debemos olvidar el tema de la interculturalidad, pues según el art. 1 de la CRE de 2008, Ecuador es un Estado intercultural, y como lo han señalado reiteradamente los movimientos indígenas ecuatorianos, la interculturalidad es la posibilidad práctica de construirla plurinacionalidad, y del mismo modo un Estado plurinacional es la única garantía para que la interculturalidad sea una forma de convivencia armónica cuando existen grupos humanos culturalmente diversos, en el seno de un mismo Estado.⁴²⁵

Esta nueva perspectiva de la organización estatal está vinculada al paradigma del buen vivir, las diversidades y las riquezas culturales ancestrales y actuales, como base de la formación de la identidad ecuatoriana⁴²⁶ por ello la Constitución:

no es solo un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural, y de la

425 Amplia información sobre el tema en Aureliano Turpo Choquehuanca, *Estado pluricultural reto del siglo XXI* (La paz: Publicación del Instituto itinerante de la resiliencia, 2006).

426 Ver *Plan Nacional del Buen Vivir, 2009-2013* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación), 44. http://www.turismo.gob.ec/documentos/plan_nacional_del_buen_vivir.pdf, consulta: 11 de julio de 2012.

autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. En este sentido, toda Constitución es cultura. Esto nos conduce a una paradoja.

Por un lado, una Constitución “es un objeto o creación de una determinada cultura y puede decirse, justamente, que la “idea de Constitución” es una creación de la cultura occidental o que una determinada Constitución (por ejemplo, la Constitución de los EE. UU.) es la expresión de una determinada cultura (en el caso antes citado, de la cultura anglosajona).⁴²⁷

Si bien el estudio de la interculturalidad no es el tema central del presente trabajo, no podemos dejar de referirnos a este aspecto por las implicaciones que tiene para el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, especialmente para los pueblos, grupos sociales e individuos que han sido marginados de la cultura oficial, y que reclaman plena participación cultural en el seno de la sociedad, como un derecho irrenunciable.

Consideramos, por tanto, que a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, debería existir una relación mucho más clara entre Estado y cultura, en función de un auténtico modelo de convivencia intercultural, el cual hasta el momento parece estar en proceso de construcción, y sobre el cual la Confederación Nacional de organizaciones campesinas, indígenas y negras, FENOCIN, opina que sería un “esfuerzo colectivo y consciente por desarrollar las potencialidades de personas y grupos que tienen diferencias culturales, sobre una base de respeto y creatividad, más allá de actitudes individuales y colectivas que mantienen el desprecio, el etnocentrismo, la explotación económica y la desigualdad social.⁴²⁸

Se entiende que este modelo de relación intercultural debió necesariamente expresarse en el proceso de conformación del Sistema Nacional de Cultura, el cual arrancó con la idea de que era necesario organizar la gestión cultural en el país, con el fin de optimizar los recursos del Estado, promover una auténtica rendición de cuentas y de terminar con los privilegios construidos desde las instituciones culturales que gozaban de autonomía. Sin embargo existen muchas lecturas críticas del proceso que consideran que no se está tomando en serio la interculturalidad y que inclusive existiría en el gobierno la intención de controlar el quehacer cultural de los ecuatorianos; la visión de la norma infracosntitucional se revela ambigua y genera más dudas que certezas.

427 Carlos Ruiz Miguel, “Cuestiones constitucionales, revista mexicana de Derechos Constitucional”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n.º 10 (2004). <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard8.htm>, consulta: 11 de julio de 2012.

428 El documento se lo puede descargar en <http://www.fenocin.org/interculturalidad.html>, consulta: 15 de julio de 2012.

En Ecuador, desde los años 40⁴²⁹ hasta nuestros días, se pueden distinguir dos perspectivas que han orientado la acción estatal en la esfera de la cultura, por una parte, aquella que tiene que ver con la idea del funcionario del Estado como mecenas, situación que hasta la fecha no ha desaparecido, y más bien cuyas prácticas están resurgiendo a partir de una errónea lectura de la Constitución de 2008 y otra que cobró fuerza en la década de los 80 y los 90 por la cual la cultura se mercantilizó y el entretenimiento para matar el tiempo se trocó en cultura.

En la práctica ambas visiones operan en forma conjunta y descoordinada, lo cual ha generado que la idea de Ecuador como potencia cultural haya quedado reducida a un simple anhelo; en la práctica, lo que existe en el país es un modelo mixto entre intervencionismo de la institucionalidad y la intrusión de elementos de mercado sin mayor control social.

En septiembre de 2009, el Ministerio de Cultura presentó el proyecto de Ley de Cultura ante la Asamblea Nacional, sumándose a dos adicionales impulsados por la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión” y la Coordinadora Cultural de Alianza País.

Ecuador vive un lento y largo proceso de transición, iniciado a partir de la aprobación de la Constitución de 2008, que culmina con la aprobación de la Ley de Cultura en diciembre de 2016, tiempo en el cual se mantuvo a intelectuales, creadores, artistas y gestores culturales en un estado de incertidumbre, pues, como ya se apuntó, fue errático el diseño de la política pública en cuanto al ejercicio pleno de la libertad de creación y expresión artística, seguramente por el hecho de que “la libertad ilusoria del ciudadano es la contrapartida de la comunidad ilusoria del Estado”.⁴³⁰

En la Constitución ecuatoriana, no solamente se puede encontrar una perspectiva filosófica intercultural, que inclusive la lleva a declarar al Estado mismo como tal, sino que además esta reforzada por una perspectiva polilógica, que sugiere que:

Las preguntas filosóficas, preguntas referentes a las estructuras fundamentales de la realidad, a la cognoscibilidad, a la validez de normas y valores, deben ser discutidas de modo que ninguna solución sea difundida antes que sea realizado un polílogo entre tantas tradiciones como sea posible. Esto presupone la relatividad cultural de los conceptos y métodos, e implica una idea no-centrista de la historia del pensamiento humano. Para comenzar podemos

429 Hablamos de los años 40, pues la Casa de la Cultura Ecuatoriana, se crea en el año 1944, inspirada en una idea de Benjamín Carrión, fundamental para la nación ecuatoriana: “Si no podemos ser una potencia militar y económica, podemos ser, en cambio, una potencia cultural nutrida de nuestras más ricas tradiciones”.

430 Holloway, *Cambiar el mundo*, 76.

formular una regla negativa: nunca acepta una tesis filosófica como bien fundamentada si ha sido producida por personas de una sola tradición cultural.⁴³¹

No obstante, el problema se encuentra en la praxis, toda vez que la distancia entre los postulados constitucionales y la realidad es abismal; lamentablemente los derechos, los mundos utópico, las sociedades perfectas, y los grandes ideales son el ingrediente utópico propio de la existencia humana, constituyen la voz de quienes no tienen voz, el clamor ante la injusticia, la rebeldía de artistas e intelectuales, la expresión del imaginario social, el anhelo de un futuro mejor. Por esa razón, la defensa de la libertad de creación y expresión artística debe levantarse como un discurso de defensa de nuestros sueños en contra de las verdades oficiales, de las imposiciones arbitrarias, del lenocinio gubernamental, de la fragilidad de los derechos, de las prohibiciones ridículas, de la disnea de las libertades, de los afanes totalitarios, de la negligencia institucional, y de los intentos de enervar, pervertir, y desvirtuar la promesa constitucional, que poco a poco deja de ser utópica para volverse distópica.

La libertad de creación y expresión artística en la legislación nacional

Los derechos en un Estado constitucional, tomando el término de Alexy, irradian a todo el sistema jurídico, y condicionan al orden normativo subconstitucional, de modo que los cuerpos legales inferiores comiencen a garantizar efectivamente los derechos reconocidos en la Constitución.

Con este antecedente, analizaremos brevemente el papel de la libertad de expresión en algunas normas infraconstitucionales que nos ayudan a configurar como opera esta libertad cultural en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La legislación cultural ecuatoriana

En Ecuador, sí ha existido la preocupación por regular el sector cultura a través de cuerpos normativos diversos, desde la Ley Nacional de la Cultura, codificada el 26 de septiembre de 1974, la posterior Ley de Cultura publicada en el Registro Oficial 805, del viernes 10 de agosto de 1984, cuerpos normativos que no hacen absolutamente ninguna referencia a los derechos culturales, y que nada dicen sobre libertad de creación y expresión artística.

Estos cuerpos normativos que rigieron el quehacer cultural en el país hasta el año 2016, fueron deficientes y tuvieron una orientación burocrática deplorable.

431 Martin Wimmer Franz, "Filosofía Intercultural ¿Nueva disciplina o nueva orientación de la filosofía?", San José, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* XXXIII (80) (1996): 19.

El 10 de noviembre de 2016, la Asamblea Nacional aprobó esta tarde la Ley de Cultura con 82 votos y 18 abstenciones, el cual fue sometido con anterioridad a un proceso de sociabilización, al cual la Asamblea calificó de consulta prelegislativa, durante el año en 2012.

La Ley Orgánica de Cultura define las competencias, atribuciones y obligaciones del Estado, los fundamentos de la política cultural pública, se hace eco de los derechos culturales ya consagrados en la Constitución, hace referencia a algunas cuestiones sobre linterculturalidad, integra la institucionalidad cultural en el Sistema Nacional de Cultura, reconoce el derecho a la seguridad social para los trabajadores del arte y la cultura, garantiza la libertad de creación, propone impulsar el libro a través del fomento de actividades de lectura y escritura, así como la oralidad y la narrativa, reconoce también los derechos laborales de los trabajadores de la cultura, pretende apoyar al cine nacional, etc.

La ley determina como órgano rector del sector cultural al Ministerio de Cultura y Patrimonio, para que opere como encargado de implementar las políticas públicas nacionales. En cuanto a la Casa de la Cultura se contempla su autonomía administrativa y financiera responsable, siempre bajo la supervisión del Ministerio de Cultura y los órganos de control.

Del mismo modo, se crea el fondo de fomento a las artes que se encargará de asignar recursos con el carácter de no reembolsable, además de establecer líneas de crédito por parte de la banca pública para los actores y gestores culturales, que no tenían la posibilidad de acceder a los mismos, que sustituirá al cuestionado modelo de fondos concursables, para lo cual habrá que ver como se implementa el nuevo modelo en la práctica, debiendo inclusive realizarse ciertas reformas al Código Monetario y Financiero,⁴³² con el fin que la banca pública efectivamente pueda financiar proyectos culturales.

En cuanto al presupuesto para cuestiones artísticas y culturales, este se La normativa planteada se va a sostener fundamentalmente con los recursos que administraba el Fondo Nacional de Cultura, Foncultura, y con recursos que establece la ley para la innovación que deberá constar en el Presupuesto General de Estado.⁴³³

En resumen, las cuestiones primordiales que aborda la Ley Orgánica de Cultura tiene que ver con: Patrimonio y memoria social, fomento

432 El Código Monetario y Financiero fue publicado en el RO 332, del 12 de septiembre de 2014. (Nota del autor)

433 "El Presupuesto General del Estado es la estimación de los recursos financieros que tiene Ecuador; es decir, aquí están los ingresos (venta de petróleo, recaudación de impuestos, etc.), pero también están los gastos (de servicio, producción y funcionamiento estatal para educación, salud, vivienda, agricultura, seguridad, transporte, electricidad, etc de acuerdo a las necesidades

a las artes, industrias culturales, derechos laborales y seguridad social para los actores del sector cultural, y reconocimiento a la cultura viva comunitaria.

La libertad de creación y expresión artística en la Ley Orgánica de Cultura de Ecuador

El proyecto de Ley Orgánica de Cultura, un cuerpo normativo que según la disposición transitoria primera de la Constitución debía aprobarse en un plazo máximo de trescientos sesenta días, contados desde la entrada en vigencia de la Constitución, sin embargo la Asamblea Nacional Constituyente, recién aprobó la Ley de Cultura en noviembre de 2016, es decir ocho años después de la vigencia de la Constitución.

Esta actitud de menosprecio a la cultura ha sido una constante del poder en Ecuador, que la subestima y le trata como un asunto ameno propio de las festividades o un medio para acompañar las campañas proselitistas, con lo cual evidentemente se ha negado a integrar a la cultura al proceso de construcción del buen vivir, olvidando que “la cultura es el fundamento necesario para un desarrollo auténtico”.⁴³⁴

Los cabildeos legislativos se dieron a distancia de la realidad cultural del país, y desde sombríos escritorios los tecnócratas de la planificación, pretendiendo solucionar en el papel los grandes problemas que intelectuales, creadores y artistas nacionales históricamente vienen sufriendo, y olvidando que la complejidad cultural no puede resolverse simplemente desde la lógica gubernamental, como si se trataría de una operación aritmética que va a arrojar resultados exactos.

“Una Ley de Cultura para estos tiempos no debe hacerse para resolver los problemas de salud de los artistas solamente o que alrededor de ellos se fijen las políticas públicas. Mucho menos para sostener y congelar para la eternidad instituciones, cargos y personajes bajo el mismo espíritu del conservacionismo corporativo. Y tampoco para que las autoridades rectoras del sector sean las magnánimas lumbreras que lo designan todo y definen cuánto dinero se coloca en cada una de las áreas y sectores”.⁴³⁵

identificadas en los sectores y a la planificación de programas de desarrollo”, ver sitio web del Ministerio de Finanzas de Ecuador <http://www.finanzas.gob.ec/el-presupuesto-general-del-estado/>, consulta: 3 de enero de 2017.

434 UNESCO, Declaración de México sobre políticas culturales, 1982 apartado 41, documento disponible, http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf, consulta: 20 de febrero de 2014.

435 Orlando Pérez, “Ecuador: Si no contamos con una Ley de Cultura”, <http://www.nodal.am/2016/02/ecuador-si-no-contamos-con-una-ley-de-cultura-por-orlando-perez/>, consulta: 6 de junio de 2016.

A la que se ha referido el gobierno de turno se ha caracterizado por ser una propuesta bastante ambigua, de la cual tenemos como cuestiones concretas la creación del Ministerio de Cultura, la creación de la Universidad de las Artes, y la aprobación de la Ley Orgánica de Cultura.

El Ministerio de Cultura de Ecuador ha elaborado un documento llamado Plan Nacional de Cultura 2007-2017 impulsado por el primer Ministro de Cultura, el poeta Antonio Preciado, que en la práctica no ha tenido mayor impacto, y más bien esta secretaría de Estado, se dedicó a organizar procesos de fondos concursables para expresiones artísticas y concretar determinados auspicios que fueron fuertemente cuestionados desde ciertos sectores del quehacer intelectual y artístico por su falta de transparencia, pues de hecho y aunque la Constitución ecuatoriana del buen vivir haya apostado en su texto por incorporar el discurso progresista de los derechos culturales las desigualdades, las preferencias y los privilegios en favor de los artistas del sector oficial y contrastan con el mínimo apoyo y la casi invisibilización de los artistas independientes.⁴³⁶

La muestra más clara de esta afirmación está en la propia dinámica de los fondos concursables, inagotable fuente de inequidades, pues se favoreció abiertamente a los creadores y artistas de las ciudades más grandes como es Quito, Guayaquil y Cuenca, relegando a los actores y gestores culturales de las demás provincias del país, generando una situación abiertamente discriminatoria.

Vemos también que la plata de los fondos concursables no lo ha sido todo, pero al mismo tiempo es por esa plata que se matan algunos. Ya hemos visto que como nunca se han hecho películas gracias al apoyo estatal, pero la calidad y la profundidad no ha sido en la misma proporción, con las consabidas excepciones. En cambio, sí vemos a unas autoras que sin apoyo alguno producen obras, ensayos, novelas, cuentos, poemas y trabajos de investigación intelectual con una profundidad y creatividad nunca antes vistas en Ecuador.⁴³⁷

Posiblemente esta es la razón por la que en la Ley Orgánica de Cultura, nada se dice respecto a estos fondos concursales, aunque tampoco hace referencia alguna a una política de verdadera descentralización cultural; y mientras “autoridades, asambleístas, gestores y otros iluminados vanidosos y egoístas sigan mirándose con el recelo propio de quien ahoga sus egos en una gota de agua, las obras y las creaciones brotarán sin fondos concursables ni palanqueos de panas acolitadores”.⁴³⁸

Se torna un ejercicio falaz la burocratización con la que hasta el momento se ha venido trabajando, el llenado de formularios, el secreto en las

436 Información sobre el tema puede encontrarse en la página web del Ministerio de Cultura del Ecuador, <http://www.culturaypatrimonio.gob.ec/>.

437 Pérez, “Ecuador: Si no contamos con una Ley de Cultura”, consulta: 6 de junio de 2016.

438 *Ibid.*

comisiones encargadas de calificar los proyectos y los sesgos con que se adjudican los recursos, pues resulta prácticamente imposible pretender valorar bajo los mismos parámetros toda la heterogeneidad cultural existente en un país culturalmente diverso como es Ecuador.

De este modo, en un país en el que no existen industrias culturales sólidas, quien logra obtener un apoyo del Estado, puede decir que ejerció su derecho a la creación y expresión artística, frente a los cientos de intelectuales, artistas, y creadores, marginados del acceso al financiamiento, quienes difícilmente van a poder ejercer plenamente sus derechos y libertades culturales.

En cuanto a políticas culturales, lo deseable sería que estas tengan como punto de partida las realidades culturales particulares, al menos de cada provincia, pues resulta imposible pretender moldear la cultura nacional desde la lógica de los tecnócratas de turno; y creo que en esta parte entra de lleno el tema del Estado intercultural, que nunca va a poder construirse desde la lógica de la centralidad del poder, puesto que si la interculturalidad constituye un proceso dialógico de convivencia entre personas, comunidades y pueblos, un Estado intercultural no puede admitir que el manejo del financiamiento de la cultura favorezca a una persona, grupo, región, comunidad o pueblo sobre otra, porque simplemente estamos desvirtuando el tipo de Estado, y posibilitando situaciones de abierta exclusión en contra de unos y favoritismo en beneficio de otros, lo cual finalmente hará muy difícil la coexistencia entre ecuatorianos culturalmente diversos, no olvidemos que en algún momento: “el Ministerio premió proyectos de acuerdo a la densidad poblacional de todas las provincias del país, de modo que las más pobladas, como Guayas y Pichincha, concentraron la mayor cantidad de eventos culturales”.⁴³⁹

Como ya se apuntó, lamentablemente seguimos con la mirada puesta únicamente en la difusión de las expresiones culturales más comerciales o de élite y en preservar el patrimonio cultural más evidente, sin embargo, poco se hace por las culturas tradicionales, las culturas emergentes, las expresiones artísticas no complacientes que desafían los gustos del público, la memoria oral, las prácticas ancestrales, la condición de los creadores, participación de intelectuales, artistas y creadores en el diseño e implementación de las políticas culturales, la democratización del acceso al financiamiento cultural, la descentralización de la cultura, el necesario debate sobre el rol de las industrias audiovisuales en un régimen de desarrollo social y solidario, el efectivo

⁴³⁹ “El Instituto de Fomento a las Artes, la Creación y la Creatividad administraría el presupuesto del sector”. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/cultura/7/fomentoestatal>, consulta: 6 de junio de 2016.

goce de los derechos culturales y su real justiciabilidad, el financiamiento de la cultura y su peso en el presupuesto general del Estado; temas trascendentales que deben ser ampliamente debatidos e incorporados a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Cultura, siempre a partir del principio pro dignidad humana, pro cultura y el principio constitucional de la solidaridad.

Con estas ideas en mente podemos ensayar una sucinta visión de la libertad de creación y expresión artística en la lógica de la nueva Ley Orgánica de Cultura de Ecuador.⁴⁴⁰

En el considerando 8 de la ley se dice:

Que, todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, siendo que todas las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a la libertad estética, a conocer la memoria histórica de sus culturas y acceder a su patrimonio cultural, a difundir sus propias expresiones culturales, a tener acceso a expresiones culturales diversas, y desarrollar su capacidad creativa y al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas.⁴⁴¹

Con lo cual se hace ostensible el reconocimiento que los derechos culturales en atención a los principios de inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igualdad jerárquica, tiene exactamente el mismo peso y la misma importancia que otros por cuanto la dignidad humana es integral; y que el ejercicio de los mismos se materializa a partir de la construcción y mantenimiento de la identidad cultural, libertad estética, libertad creativa y de expresión artística, entendiendo aquello como un proceso dinámico. Sí podemos observar como desde los considerandos la libertad de creación y expresión artística aparece como una de las ideas fundantes de esta normativa, razón por la cual en el art. 2 de la ley se dirá que esta es aplicable a todas las actividades vinculadas al acceso, fomento, producción, circulación y promoción de la creatividad, las artes, la innovación, la memoria social y el patrimonio cultural, quedando esta norma bastante abierta pues no expresa si su objetivo es el de proteger o de controlar, cuestión que es fundamental para entender el criterio teleológico con el cual fue diseñado este cuerpo normativo.

En el art. 4 de la Ley de Cultura, concretamente en el inc. 6, se hace relación entre la soberanía cultural y la “producción cultural y creativa nacional, la memoria social y el patrimonio cultural, frente a la amenaza que significa la circulación excluyente de contenidos culturales hegemónicos”,⁴⁴² lo cual es importante puesto que por primera vez en el país se

440 Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Cultura, Quito, publicada en el RO 913 del viernes 30 de diciembre de 2016.

441 *Ibid.*

442 *Ibid.*

topa este tema que es sumamente importante, ya que tiene que ver con la capacidad de un pueblo de generar su propia cultura; sin embargo hay que cuidar mucho el manejo de este concepto, porque para ciertos gobiernos la soberanía cultural significa cultura oficial dirigida desde las instituciones del Estado, el amiguismo, las prebendas y la exclusión, y eso es un error puesto que la soberanía cultural solo puede consolidarse fundamentalmente desde la defensa de la libertad de los creadores.

En el art. 5 del cuerpo normativo que estamos analizando, el cual hace un listado de derechos culturales, se refiere a la libertad de creación artística de esta manera:

“e) Libertad de creación. Las personas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, colectivos y organizaciones artísticas y culturales tienen derecho a gozar de independencia y autonomía para ejercer los derechos culturales, crear, poner en circulación sus creaciones artísticas y manifestaciones culturales”.⁴⁴³

En primer lugar podemos señalar que si bien de inicio se refiere solo a la libertad de creación a diferencia de la redacción constitucional que claramente en el art. 378, inc. 3, se refiere a la libertad de creación y expresión; sin embargo cuando se habla de poner en circulación sus manifestaciones artísticas y culturales, se está refiriendo tácitamente a la libertad de expresión artística. Además este precepto nos da la razón en cuanto a que los titulares de la libertad de creación y expresión artística, son las personas, comunidades, comunas, pueblos, nacionalidades, colectivos y organizaciones artísticas y culturales.

En cuanto a la garantía de los libertad de creación y expresión artística, el art. 6 de la ley, señala que las entidades que conforman el Sistema Nacional de Cultura serán las encargadas de implementar las acciones de orden técnico, administrativo, financiero y legal para cumplir este propósito, sin lugar a dudas se trata de una disposición legal dudosa e incierta puesto que si muchas veces las propias instituciones oficiales son las que vulneran los derechos de artistas, creadores y gestores culturales, entonces estas agencias oficiales serían juez y parte, la impunidad quedaría establecida por ley y los afectados una vez más quedarían desprotegidos.

El apartado relacionado a los fines del Régimen Integral de Educación y Formación en Artes, Cultura y Patrimonio, se refiere a la creatividad y el fortalecimiento de las destrezas y expresiones artísticas para el ejercicio de los derechos culturales, y de las industrias culturales y creativas, manteniendo una redacción remota e insegura.

443 *Ibíd.*

La norma infraconstitucional contempla además el Subsistema de artes e innovación, coordinado y articulado por aquellas instituciones culturales que reciben fondos públicos y los colectivos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, entidades, actores y gestores de la cultura que participan en actividades relacionadas a la formación, circulación y fomento de creación e innovación en las artes y la cultura que se vinculen voluntariamente a este Subsistema, siendo su principal atribución el proteger y promover la libre creación, la diversidad y la innovación en el desarrollo de las prácticas artísticas, culturales y creativas, según lo determinan los arts. 102 y 103 de la ley de la materia.

El art. 107 de la ley trae una disposición bastante desafortunada, cuando define los procesos de creación, en los siguientes términos:

Artículo 107.- De los procesos de creación. Para los efectos de la presente ley, se consideran procesos de creación artística y producción cultural y creativa de obras, bienes y servicios artísticos y culturales, los siguientes: investigación, creación, producción, circulación, clasificación, distribución, promoción, acceso, u otros a partir de su generación, o reconocimiento por parte del ente rector de la Cultura y el Patrimonio, sin que exista necesariamente causalidad o interdependencia entre ellos.

En primer lugar la norma confunde lo que es crear con investigar, dar servicio, distribuir, promover y acceder; cuestiones que son absolutamente distintas, es completamente absurdo pretender describir en un artículo cómo se hace la creación artística, por tratarse de un fenómeno subjetivo como el amor o las experiencias religiosas,

Luis Gerardo Chávez Godínez, sugiere que el proceso creativo tiene cinco fases:

Contemplación y análisis de la realidad externa y de la propia experiencia de vida.

Gestación de la idea creativa y visualización de modelos, estructuras o esqueletos tentativos de la obra.

Diseño y elaboración del fundamento de la manifestación (bocetos, planos, borradores, partituras, guiones, coreografías, entre otros).

Realización concreta de la manifestación que será expuesta al público (lo que puede incluir acopio de recursos materiales y humanos, ejercicios previos, afinación, edición o terminado de la obra).

Gestión de los mecanismos necesarios para la exposición y la comercialización.⁴⁴⁴

Y como se puede ver a pesar de tratarse de la opinión de un autor, las cuestiones que se discuten sobre el proceso creativo casi en nada tiene que ver con los embarrullados despropósitos del precepto que estamos analizando.

444 Luis Gerardo Chávez Godínez; "Las cinco etapas del proceso creativo", en *Temáticas y técnicas. Guía de apreciación del arte* (Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2008).

No obstante, lo peor no está en la equivocada redacción de la norma jurídica, sino que sostiene que tales procesos serán reconocidos como tales a partir del *reconocimiento por parte del ente rector de la Cultura*, lo que revela que lo que el verdad se pretende es controlar, someter y condicionar la creación artística al criterio oficial del ente rector de la cultura, de modo que para la ley vigente, solo aquellos procesos de creación reconocidos por el ministerio de Cultura son válidos y seguramente objeto de protección y todos los demás, serán menospreciados, marginados y seguramente no tendrán apoyo y peor aún protección de ninguna naturaleza; por consiguiente y a través de esa abyecta maniobra el propio cuerpo legal denominado Ley Orgánica de Cultura se convierte en el verdugo de la libre creación y expresión artística.

En el diseño burocrático que plantea la ley, se crea el Instituto de Fomento de las artes innovación y creatividad, con personería jurídica propia y competencia nacional, adscrita al ente rector de la Cultura y el Patrimonio, con capacidad de gestión financiera y administrativa, que seguramente será la agencia oficial que se encargará de la gestión y el control del libertad de creación y expresión artística, lo cual es sumamente riesgoso, por las consideraciones que hemos anotado en párrafos anteriores.

En conclusión, la Ley Orgánica de Cultura, si bien reconoce la libertad de creación y expresión artística, asimismo contempla disposiciones ambiguas u otras completamente atentatorias contra esta libertad cultural, y una postura absolutamente estatista, centralista, burocrática, concentradora y controladora de la creación artística y su libre expresión.

Ley Orgánica de Comunicación

La Ley Orgánica de Comunicación de Ecuador⁴⁴⁵ tiene por objeto, desarrollar, proteger y regular, en el ámbito administrativo, el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos constitucionalmente.

La aprobación de una ley de comunicación fue recibida desde algunos sectores con cierto temor, puesto que la normativa “aprobada por la Asamblea Nacional en junio de 2013 contiene disposiciones imprecisas que posibilitan procesos penales arbitrarios y actos de censura”.⁴⁴⁶

La reforma a la Ley Orgánica de Comunicación, permitió la eliminación de la Superintendencia de Comunicación SUPERCOM, del linchamiento mediático, los códigos deontológicos, así como la definición de que la comunicación es un servicio público.

445 Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Comunicación, Quito, RO 22 del martes 25 de junio de 2013 y reformada el 7 de julio del 2017.

446 Amplia información en el informe anual de Human Rights Watch (HRW) <http://www.hrw.org/world-report/2014/country-chapters/122004>, consulta: 11 de febrero de 2014.

La Ley Orgánica de Comunicación plantea cuestiones muy interesantes como el derecho marco a la información, haciendo referencia a unos derechos de libertad, derechos de igualdad e interculturalidad y derechos de los comunicadores.

Existen dos visiones contrapuestas respecto a este cuerpo normativo, y que mantienen posiciones de crítica o conformidad con aquella, una ha sido la planteada desde el Gobierno de Rafael Correa en cuyo mandato se aprobó este texto normativo original, que sostiene que los medios son un poder fáctico, que sin ningún tipo de legitimidad democrática, históricamente han impuesto a todo el país agendas capitalistas, mientras otros sectores consideran que la Ley de Comunicación es una ley mordaza.

El presidente Lenín Moreno apostó por mantener la de comunicación, pero que con una visión distinta, prescindiendo de todo vestigio de control y represión, a trabes de la observancia de a los tratados y convenios internacionales sobre la materia, de los cuales Ecuador es suscriptor.

Respecto ala libertad de expresión, si bien el art. 17 de la ley señala que todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, no se puntualiza de manera explícita el tema de la libertad de expresión en forma artística, como sí encontramos en la CADH, y en el propio texto constitucional, en la que encontramos claramente definida la separación entre libertad de expresión en general, y la libertad de expresión en forma artística fruto de la creación también artística.

Cuando, la Ley de Comunicación se refiere a contenidos comunicacionales en su art. 3 manifiesta que se entenderá por contenido todo tipo de información u opinión que se produzca, reciba, difunda e intercambie a través de los medios de comunicación social, entonces surge una pregunta ¿Si una expresión de contenido artístico se presenta o se difunde a través de un medio de comunicación cualquiera, entonces se convierte en información general? Personalmente considero que el simple hecho de su comunicación masiva no despoja de su carácter artístico a una obra de esta naturaleza.⁴⁴⁷

Fue equivocada y perjudicial la aplicación que se venía haciendo de la Ley Orgánica de Comunicación antes de la reforma de la misma, puesto que

⁴⁴⁷ Resulta oportuno señalar la polémica que se ha dado en Ecuador en el mes de mayo del 2017, luego de que la SUPERCOM exhortara a las emisoras de radio a proteger los derechos de la niñez, ante melodías con contenidos sexuales explícitos o de odio, especialmente en canciones con ritmos reguetón y música urbana; varios medios de comunicación expresaron su desacuerdo al considerar que ello afectaría a la libertad de expresión, ante lo cual el Superintendente Carlos Ochoa, manifestó públicamente que la SUPERCOM no censura ritmos, regula contenidos, y si existe vocabulario sexualmente explícito o que incita al odio, es susceptible de un proceso; lo que evidencia la necesidad de abrir un debate nacional para diferenciar claramente el contenido artístico del contenido comunicacional general. (Nota del autor)

si una obra de arte aparecía en un medio de comunicación estaba sujeta al ámbito de la Ley de Comunicación y los organismos públicos de control; y entonces el trabajo de creación y expresión artística se encontraba bajo la supervisión de la SUPERCOM, como ya ocurrió en el caso Bonil, y las particularidades del arte quedaron sujetas a la aplicación de los parámetros propios de la libertad de expresión en general, lo cual como hemos analizado es nocivo, poco recomendable, y además fue una forma de desvirtuar el tratamiento especial que la Constitución del buen vivir, aparentemente aspira dar a los derechos y libertades culturales.

Del mismo modo, consideramos un avance que podría ayudar al fomento de la creación artística en lo que tiene relación con el incentivo a la producción nacional y producción nacional independiente, en especial, en cuanto al cine nacional, pues el art. 102 del referido cuerpo normativo, señala que los medios de televisión abierta y los sistemas de audio y video, por suscripción que tengan dentro de su grilla de programación uno o más canales cuya señal se emite desde el territorio ecuatoriano, adquirirán anualmente los derechos y exhibirán al menos dos largometrajes de producción nacional independiente”, lamentablemente, la producción ecuatoriana no ha mejorado en sus contenidos y lo que tenemos en la programación nacional es una proliferación de programas tales como concursos televisivos, espacios de farándula, crónica roja, es decir se ha apostado por el género televisivo conocido como tele realidad.

En cuanto a difusión de contenidos musicales, según el art. 103 de la Ley Orgánica de Comunicación, en las estaciones de radiodifusión sonora que emitan programas musicales, “la música producida, compuesta o ejecutada en Ecuador deberá representar al menos el 50 % de los contenidos musicales emitidos en todos sus horarios, con el pago de los derechos de autor conforme se establece en la ley”.

Empero:

La realidad previa a la vigencia de la nueva ley, es que las radios, al ser la plataforma que aún domina en el consumo de música por encima de la web, son quienes de alguna manera condicionan sobre la música que se produce en Ecuador, y que por lo general está basada en modelos extranjeros poco acordes con nuestra realidad sociocultural.

Esto se traduce económicamente a que solo el 27,63 % de las recaudaciones por Derechos de Autor se quede en el país, mientras que el 72,28 % restante se distribuye entre los titulares de las obras más usadas por las radios, es decir, entre las empresas transnacionales de la cultura y el entretenimiento.⁴⁴⁸

448 “La producción nacional tiene mayor espacio en los medios locales desde 2013”, puede leerse en <http://www.elciudadano.gob.ec/la-produccion-nacional-tiene-mayor-espacio-en-los-medios-locales-desde-2013/>, consulta: 6 de junio de 2016.

La aplicación del 1 × 1 como dinamizador del quehacer musical ha sido acertado, aunque en la práctica todavía no tenemos los resultados esperados e inclusive la desagradable práctica llamada *payola* o sea pagar para que un tema musical sea programado y emitido en la radio, no ha desaparecido.

Las normas antes señaladas, evidentemente se refieren al ejercicio de derechos culturales, en la esfera de los pueblos, del cine y de la música de producción nacional, y claro se trata de temas sensibles, por los contenidos que el cine y la música pueden transmitir; además por la gran difusión que en algunos casos y dependiendo de las audiencias puedan desarrollar. En el caso de la Ley de Comunicación, las normas son específicamente aplicables a canales de televisión y estaciones radiales, sin embargo la norma puede verse como insuficientes cuando en otros circuitos de distribución de las expresiones artísticas hay problemas de difusión, acceso o censura.

Un caso infame que demuestra lo anteriormente señalado fue el ocurrido con el documental *La muerte de Jaime Roldós* dirigido por Manolo Sarmiento y Lisandra Rivera, el cual fue censurado por la cadena de cines “Supercines” por supuestas referencias polémicas al expresidente León Febres Cordero.⁴⁴⁹

Al respecto, un primer elemento que merece ser analizado es si un documental es un género artístico o un género periodístico, cuestión bastante difícil, pues, podríamos decir que se trata de un producto que da un testimonio de un hecho real, y por tanto, cercano al quehacer periodístico audiovisual, por otro lado no podemos desconocer que se expresa mediante el lenguaje cinematográfico, que es eminentemente artístico, y aún más, la libertad creativa de los documentalistas ha llegado tan lejos que hoy inclusive se habla del *mockumentary*, o sea falsos documentales que finalmente son expresiones creativas de ficción.

Un documental que narra e investiga sobre la muerte de un presidente de Ecuador, no es una obra de ficción, sino más bien tiene que ver con la memoria histórica y el derecho a la verdad;⁴⁵⁰ sin embargo, en este caso no se aplicó la Ley de Comunicación.

449 Mayor información sobre este documental puede leerse en Lizardo Herra, “La muerte de Jaime Roldós: entre el autoritarismo y la máquina de terror”, *Plan V*, <http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/la-muerte-jaime-roldos-entre-el-autoritarismo-y-la-maquina-terror>, consulta: 6 de junio de 2016.

450 Caso 10580, Informe n.º 10/95, Ecuador, Manuel Bolaños, 12 de septiembre de 1995. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, abordó el tema del derecho a la verdad por primera vez en 1995, con motivo del caso de la desaparición de Manuel Bolaños, en Ecuador; otros casos en los que se desarrolla este derecho encontramos en Caso n.º 10.258, Informe n.º 1/97, Ecuador, Manuel García Franco, 12 de marzo de 1997; Caso 10606, Informe n.º 11/98, Samuel de la Cruz Gómez, Guatemala, 7 de abril de 1998; Caso n.º 11275, Informe n.º 140/99, Guatemala, Francisco Guaracas Cipriano, 21 de diciembre de 1999; Casos n.º 10588 (Isabela Velásquez y

En México ocurrió el caso del documental *Presunto culpable* cinta ganadora de un premio EMMY en el año 2011, que narra la lucha de José Antonio Zúñiga contra el sistema penal mexicano, sobre el cual el 2 de marzo de 2011, y a dos semanas de su estreno, la juez décimo segunda de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, Blanca Lobo Domínguez, dispuso la suspensión provisional de su exhibición, distribución y promoción, luego de la presentación de un recurso de amparo por parte de uno de los testigos que participaron en el juicio, quien alegó la no autorización del uso de su imagen, razón por la cual el documental fue retirado de las salas de cine el 7 de marzo de 2011. La Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía (RTC) interpuso un recurso de queja ante el Tribunal Colegiado de Circuito por la disposición de la juez de distrito Lobo Domínguez, y el 9 de marzo de 2011 el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito decidió revocar la suspensión provisional de la exhibición del documental *Presunto culpable*, y finalmente se pudo proyectar el documental en todo el país.⁴⁵¹

A diferencia de lo anteriormente señalado, en Ecuador, en el caso del documental *La muerte de Jaime Roldós*, se observa una evidente censura por parte de una cadena privada de cines, una vez más no se discutió el tema de la libertad de creación y expresión artística, sino que Guillaume Long, en aquella época Ministro coordinador de Conocimiento y Talento Humano, simplemente envió una solicitud a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, para que investigue si Supercines S. A. había incurrido en una conducta arbitraria, en atención a los arts. 37, 38 y 48 de la ley de la materia.⁴⁵²

Finalmente, este caso se fue diluyendo en una simple petición de explicaciones, sin que se registre un verdadero precedente en favor de los derechos culturales, y del respeto de la Constitución que en su art. 380, num. 3, dispone: que “Es obligación del Estado asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente.” Puesto que “En la nueva Ley de Comunicación existe un vacío legal respecto a qué sanciones merecería la cadena Supercines, así como un mecanismo de

Francisco Velásquez), 10608 (Ronald Homero nota y otros), 10796 (Eleodoro Polanco Arévalo), 10856 (Adolfo René y Luis Pacheco del Cid) y 10921 (Nicolás Matoj y otros), Informe n.º 40/00, Guatemala, 13 de abril de 2000.

451 Juicio de amparo 171/2011 tramitado en el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de Ciudad de México.

452 Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, RO 555 de octubre 13 de 2011. (Nota del autor)

determine de forma clara el espacio que deben dar los cine a la producción nacional".⁴⁵³

El Consejo Nacional de Cine (CNCINE), la Defensoría del Pueblo y el propio Ministerio de Cultura de Ecuador, han tenido en este caso una actuación extremadamente cautelosa, utilizando como excusa que en aquella fecha no se contaba en el país con una Ley de Cultura que les permita actuar, sin embargo, se dejó a un lado al principio de aplicación directa tanto de las normas constitucionales, como de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, que habrían permitido que estos organismos actúen y tutelen efectivamente los derechos culturales conculcados.

En Ecuador, aunque la parte dogmática de la Constitución es muy avanzada, en la práctica poco se hace por tutelar efectivamente la libertad de creación y expresión artística y dependiendo de la relación política se actúa de una u otra manera,

Es una realidad manifiesta que en la conciencia jurídica nacional la idea de defender una libertad cultural aún no echa raíces y la garantía de los derechos culturales, como derechos constitucionales plenamente justiciables, todavía es muy lejana; por esa razón inclusive los profesionales del derecho que intervienen en los pocos casos que se conocen, tampoco construyen sus discursos sobre la idea de la defensa de una libertad de crear y expresar arte y los casos finalmente terminan desnaturalizándose.

El 20 de junio de 2011, se intentó plantear un caso de censura previa ante la justicia constitucional, cuando los artistas Andrés Crespo, Xavier Flores, Jorge Baquerizo, Rafael Balda y Ernesto Yturralde, presentaron una acción de protección en contra del Municipio de Guayaquil, organizador del Salón de Julio, pues en las bases para la participación se establece que la temática y técnica es libre, sin embargo, "no se aceptarán propuestas que presenten lenguaje y/o gráficos sexualmente explícitos";⁴⁵⁴ ante esta acción el juez décimo de lo civil del Guayas, abogado Sócrates Moreno, simplemente decidió que corresponde a la Corte Constitucional el conocer y resolver las acciones públicas contra actos normativos, y teniendo esta naturaleza las bases del Salón de Julio, argumentó no ser competente para resolver la causa, decisión con la cual una vez más la libertad de creación y expresión artística no fue examinada y peor aún tutelada en otro caso que la afectaba directamente.

453 La censura política a "La muerte de Jaime Roldós" y la necesidad de una Ley de Cultura que complemente a la Ley de Comunicación, puede leerse en <https://tripamishqui.com/2013/08/11/la-censura-politica-a-la-muerte-de-jaime-roldos-y-la-necesidad-de-una-ley-de-cultura-que-complemente-a-la-ley-de-comunicacion/>, consulta: 6 de junio de 2016.

454 Bases de participación del certamen nacional de pintura salón de julio Fundación de Guayaquil quincuagésima segunda edición. (Nota del autor)

La libertad de creación y expresión artística y el régimen legal de derechos de autor

En Ecuador, los temas de derechos de autor están regulados a través del Código de la Economía Social del Conocimiento, Creatividad e Innovación, vigente desde el 9 de diciembre de 2016, el cual fundamentalmente crea un régimen de protección de los derechos morales, patrimoniales y conexos de los autores de creaciones intelectuales. Este cuerpo normativo tiene un carácter netamente economicista y no hace ninguna referencia al tema de la libertad de creación y expresión artística, aunque para los partidarios de este tipo de leyes el hecho de amparar los intereses materiales de los creadores, constituye una garantía práctica la quehacer creativo nacional.

Además, se ha aplicado también el régimen común andino aprobado el 17 de diciembre de 1993 por medio de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual reconoce la protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras de ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

La norma comunitaria andina ha querido que la tutela alcance a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de y a los organismos de radio o televisión que transmite programas al público, sin embargo en materia de libertad de creación y expresión artística sigue siendo endeble, y su orientación esta alineada a los principios del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y la Convención Universal sobre Derecho de Autor de la UNESCO.

Libertad de creación y expresión artística y responsabilidad del Estado ecuatoriano

Si decimos, que la libertad de creación y expresión artística es una libertad cultural, que es parte de los derechos de libertad o libertades públicas, entonces resulta oportuno reflexionar con mayor detenimiento sobre su naturaleza, considerando que la Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente y de las relaciones de poder expresadas en un momento determinado⁴⁵⁵ cuyo contenido tiene que ver con: el conjunto de principios, instituciones y normas, que determinan la organización del Estado ecuatoriano, en segundo lugar el programa económico, social,

⁴⁵⁵ Esta idea está presente y ampliamente desarrollada en el libro de Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, 2.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1976).

cultural y político que debe realizar el Estado, y la lista de derechos y garantías constitucionales.⁴⁵⁶

En el caso ecuatoriano, no solamente existe una emergencia de garantizar los derechos y libertades culturales de los sectores históricamente oprimidos sino posibilitar el ejercicio real de estos derechos todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas, para la realización del buen vivir, en el sentido que:

La nueva Constitución propone edificar una sociedad republicana que amplíe la libertad negativa hacia la construcción de una libertad positiva, considerada como no dominación y potenciación de las capacidades de los individuos. Para ejercer tal principio, es necesario: tener los recursos materiales suficientes, contar con ciudadanos con responsabilidad republicana, que construyan autónomamente sus preferencias, e institucionalizar espacios de participación y deliberación, donde se ventilen argumentos y cada ciudadano defienda sus posturas.⁴⁵⁷

Si tomamos en cuenta los criterios de la señora Farida Shaheed, los encargados de tomar decisiones, en materia de libertad de creación y expresión artística, incluidos los jueces, quienes podrían tener cierta potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deberían considerarla naturaleza de la de la creación artística, y no pronunciar decisiones en función del afecto o desafecto que provoque el autor o su obra en juzgador, o funcionario, pues los artistas por la naturaleza de su trabajo, tienen derecho a disentir, y contraponerse al discurso de los poderes dominantes, expresando sus propias ideas, creencias y visión del mundo; sin olvidar que el uso de lo imaginario y de la ficción debe ser entendido y respetado como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa.

El Estado ecuatoriano debe cumplir su obligación de proteger a los artistas y a todas las personas que participan en actividades artísticas o de difusión de las expresiones y creaciones artísticas de la violencia ejercida por terceros, y garantizar adecuadamente y por todos los medios los derechos culturales y las libertades artísticas, caso contrario sin lugar a dudas se estaría vulnerando derechos de las personas.

Del mismo modo, el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, implica que el sujeto pasivo de la obligación de tutelar los derechos haga algo o se abstenga de hacer algo, de modo que las obligaciones de los Estados se pueden explicar de varias maneras, en términos generales

456 Sobre el contenido de la Constitución, destacamos la amplia explicación que encontramos en Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de derecho constitucional*, 2.ª ed. (Quito: UASB-E / CEN, 2006), 132-13.

457 René Ramírez Gallegos, "Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano", en *Los nuevos retos de américa latina: Socialismo o sumak kawsay* (Quito: SENPLADES, 2010), 65.

se pueden dividir en obligaciones negativas que implican que el Estado debe abstenerse de intervenir, y el obligaciones positivas que sí exigen su intervención.

En consecuencia, a partir del establecimiento de la libertad de creación y expresión artística como un derecho de libertad, el Estado ecuatoriano tendrá la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para el pleno ejercicio de dicha libertad cultural, lo cual no solamente puede quedar en medidas legislativas, sino también en otras tales como administrativas, económicas, educativas y sociales, además de recursos judiciales pertinentes, eficientes, eficaces y efectivos.

Dentro de la soberanía estatal y del margen de apreciación nacional del Estado, Ecuador tiene la posibilidad de establecer las mejores estrategias, disposiciones y medidas para que se alcancen los objetivos relacionados con la libertad de creación y expresión artística, en función de su contenido central, que expresado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y recogido en la Constitución es un mínimo que los Estados deben garantizar y al mismo tiempo, están obligados a maximizar adoptando las medidas adecuadas.

En la esfera de derechos económicos, sociales y culturales se contempla la obligación de los Estado de lograr progresivamente con el cumplimiento de los mismos, en función de la disponibilidad de recursos económicos y financieros, criterio que en reiteradas ocasiones se aplica para temas de derechos y libertades culturales. Hay que insistir que dicha obligación supone que Ecuador siendo un Estado constitucional de derechos y justicia, debe iniciar sin demora un proceso sostenido de medidas que permitan llegar a su consecución total lo antes posible, no utilizar la excusa del lograr progresivo para evadir sus responsabilidades.

No hay que olvidar, la tipología tripartita de las obligaciones de los Estados construida desde el DIDH, la cual es plenamente aplicable en el caso nacional, y que implica que hay tres tipos de obligaciones para el Estado ecuatoriano:

En primer lugar, la obligación de respetar, que consiste en que los Estados deben abstenerse de realizar cualquier tipo de acciones que violen la libertad de creación y expresión artística.

En segundo lugar, la obligación de proteger, por la cual el Estado debe adoptar las medidas necesarias para evitar que otras personas o grupos vulneren el derecho a la libertad de creación y expresión artística.

Y en tercer lugar, la obligación de cumplir, que significa que el Estado debe adoptar medidas para garantizar a todas las personas, las oportunidades para ejercer plenamente el crear arte y expresarlo libremente.

Esta última obligación suele dividirse en la obligación de facilitar el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, sin poner trabas, obstáculos, o impedimentos, por tratarse de una *libertad*; y la obligación de proporcionar, todos los medios, recursos, asistencia y mecanismos de fomento para el pleno ejercicio de la libertad de crear arte y expresarlo libremente.

Al tratarse de una libertad cultural se impone la necesidad de que el Estado ecuatoriano, cumpla con el deber negativo de respetar y abstenerse de actuar, cuestión que de ninguna manera puede tener consecuencias financieras.

A más de las señaladas anteriormente, el Estado ecuatoriano tiene las siguientes obligaciones frente a la libertad de creación y expresión artística, en atención a lo preceptuado en el propio texto constitucional, como son la garantía de protección de la creación y expresión artística como fundamento del patrimonio cultural del país, la no discriminación a los intelectuales, creadores y artistas, la garantía a la directa e inmediata aplicación del derecho a la libertad de creación y expresión artística como cualquier otro derecho constitucional, el derecho a que no se exijan condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley de la materia, para su pleno ejercicio, el derecho a la plena justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística, la garantía de interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia e interpretación *pro artis* y *pro cultura*,⁴⁵⁸ la interpretación *pro dignidad* del creador artístico, la garantía de desarrollo progresivo que implique mejores condiciones para el disfrute de la libertad artística, y concomitantemente la no adopción de medidas carácter regresivo que disminuyan, menoscaben o anulen injustificadamente el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística; y la garantía que siendo el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, también lo sea para la libertad de creación y expresión artística, incluyendo el desempeño del órgano que ejerce la rectoría en la esfera cultural.

Finalmente debemos señalar que debates sobre el tema, realizados especialmente en la Universidad de Friburgo, coinciden en que los derechos culturales son inseparables de la concepción de otros derechos de la persona, y que su formulación no queda restringida a estos de manera aislada,

458 El principio *pro cultura* está contemplado en el artículo 4 inciso final de la Ley Orgánica de Cultura de Ecuador, que dice: "En caso de duda en la aplicación de la presente Ley, se deberá interpretar en el sentido que más favorezca el ejercicio pleno de los derechos culturales y la libertad creativa de actores, gestores, pueblos y nacionalidades; y de la ciudadanía en general". (Nota del autor)

sino que comporta casi un cambio de contexto en la lectura de todos los demás derechos, así pues la libertad cultural o libertades culturales, no solamente se expresan en el ámbito de los derechos llamados por la doctrina derechos personalísimos, sino que además hacen parte de las libertades colectivas, dimensiones se nutren y funcionan en forma dialéctica pues, la libertades culturales colectivas han devenido en condición esencial para la realización de las libertades culturales individuales; aspecto importante para Ecuador, que ha asumido un compromiso internacional con la suscripción y ratificación de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales⁴⁵⁹ y ha reconocido expresamente en la Constitución vigente a la libertad de creación y expresión artística, al respecto, “[...]durante la reciente Cumbre de Copenhague sobre la libertad de expresión artística, los representantes de más de 1.400 organizaciones y redes internacionales adoptaron la resolución siguiente: Existe la necesidad urgente de lanzar una iniciativa internacional destinada a proteger y promover la libertad de expresión artística y creativa. Esta iniciativa servirá para intercambiar información, vigilar y analizar los casos de censura de las artes en el mundo, dar a conocer la situación de los artistas víctimas de acoso y censura y hacer a los gobiernos responsables de sus obligaciones en virtud de las Convenciones internacionales pertinentes y de las leyes nacionales[...]”⁴⁶⁰ Lo cual sin lugar a dudas abre la posibilidad de delimitar con absoluta claridad, las situaciones de vulnerabilidad, los nudos problemáticos y as medidas a adoptarse, respecto ala libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De este modo hemos estudiado las distintas dimensiones interconectadas de la libertad de creación y expresión artística, una libertad cultural compleja y dinámica, cuyo reconocimiento en el texto constitucional ecuatoriano revela, no solamente, la intolerancia del poder y la vulnerabilidad de los creadores, sino la incomprensión de la sociedad, a una expresión de la dignidad humana atípica pero que a partir de su inclusión en el texto constitucional demanda de un conjunto de condiciones para su plena garantía, eso sin dejar de señalar las obligaciones que debe cumplir el Estado ecuatoriano.

Además, el reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística en la lógica del constitucionalismo cultural plantea un nuevo episteme

459 El 8 de noviembre de 2006, Ecuador depositó ante el Director General su instrumento de adhesión a la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

460 Ver sitio web de la ONG canadiense “Coalición para la diversidad cultural”, <http://www.cdc-ccd.org/?lang=es>, consulta: 24 de julio de 2012.

mucho mas allá del formalismo jurídico imperante, que demanda entender los procesos sociojurídicos como totalidades de la realidad que se desarrollan a través de la convivencia humana en su temporalidad, en su materialidad, y en su diversidad a través de una sucesión de eventos que desbordan los determinantes esenciales de una situación concreta.

El apartado que estamos concluyendo permite entender las insuficiencias teóricas que existen en materia de libertades artísticas, cuya consecuencia inmediata es su invisibilización, desprecio y falta de justiciabilidad.

El académico, el jurista, el administrador de justicia en Ecuador, no ha podido apartarse de su percepción causal determinista del mundo, y la idea del funcionamiento de un sistema de derechos constitucionales en el cual empiezan a surgir componentes vanguardistas, emancipadores y libertarios, desconciertan al pensamiento jurídico tradicional; y entonces una tozuda actitud de enclaustramiento normativo que rechaza la relación entre los elementos componentes del sistema, sus funciones, su sinergia y su entropía, hace que ciertos derechos y libertades sean vulnerados, a nombre de un supuesto rigor jurídico, que no es tal sino una absoluta miopía epistemológica, que termina por revelar las falencias del derecho.

Capítulo 3

LA LIBERTAD DE CREACIÓN Y EXPRESIÓN ARTÍSTICA EN EL ÁMBITO DE LA CANCIÓN DE AUTOR ECUATORIANA

En esta sección, se estudiará la libertad de creación y expresión artística en un tema absolutamente específico como es la canción de autor, una manifestación artística atípica que aparece como reivindicatoria, literaria, concienical, confrontativa y emancipatoria, aspectos que le dan un contenido político que la hace proclive a sufrir embestidas, hostigamientos, indiferencia y menosprecio del poder; vulnerando la libertad de crear y expresar artísticamente de sus cultores.

Revelaremos el carácter libertario⁴⁶¹ de la canción de autor desde una perspectiva jurídica distinta, y su relación con el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, y finalmente se trabajarán los principales problemas teóricos y cuestiones prácticas concomitantes.

De este modo, se busca personalizar y dinamizar el objeto de estudio para explicar, rasgos, cualidades, movimientos, transformaciones, así como las múltiples interacciones. A fin de interpretar dicho evento desde la totalidad de su configuración, manifestada en el conjunto de relaciones que se subjetivizan, para luego significar en un estado superior, la sucesión de movimientos que nos permitirán alcanzar niveles superiores de interpretación.

461 En principio, los términos libertario y anarquista constituyen las dos facetas, positiva y negativa, de un mismo asunto, por un lado, la afirmación que todo debe proceder de la libertad humana y del interés por promoverla, y por otro lado, el rechazo más absoluto a toda forma de dominación o de autoridad. Según Simon Luck, los términos anarquista y libertario con frecuencia fueron cada vez más utilizados para designar realidades parcialmente distintas, ya que el vocablo anarquista era reservado a los partidarios de la abolición del Estado y las jerarquías de mando, mientras que el adjetivo libertario era aplicado al conjunto de experiencias militantes alternativas y anti-autoritarias. Resulta oportuno señalar que esta distinción es más bien semántica antes que ideológica y práctica, ya que ambas posturas parecen enfocarse de forma similar en los valores esenciales, tales como la libertad, igualdad, la autonomía, la promoción de las expresiones personales, el carácter antiautoritario y la radicalización de la participación frente a la imposición y la dominación. (Nota del autor)

El carácter libertario de la canción de autor

La libertad de creación y expresión artística es consustancial a todas las expresiones del arte, sean estas visuales, escénicas, musicales, literarias, etc., por lo que resultaría muy pretencioso el querer estudiarla en cada una de ellas.

Metodológicamente, para percibir los hechos con amplitud y apertura e interpretar una realidad compleja, hemos decidido apostar por una actitud sintagmática que propicie la convergencia y el conocimiento que permita acceder a una comprensión holística sobre el tema estudiado, para ello se hará una reducción del *holos* para desde allí centrar el análisis en una cuestión particular, siempre dentro de la perspectiva epistemológica que se ha venido manejando a lo largo de este trabajo.⁴⁶²

En consecuencia, y entendiendo que “No solo la parte está en el todo, sino que el todo está en el interior de la parte, que está en el interior del todo”⁴⁶³ decidimos tomar un evento particular y examinarlo, para evitar la hipercomplejidad, que terminaría desnaturalizando la investigación.

En el presente apartado se estudiará la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana, expresión cultural caracterizada por la composición de sus textos, que abordan temáticas sociales, políticas, personales y filosóficas, la misma que sobrevive en escenarios muchas veces adversos y muchas veces es asediada por la intolerancia y la invisibilización del sistema.

La canción de autor es de naturaleza libertaria, pues es contestaria, pero sobre todo es una expresión de arte:

Antiautoritario, condena al “gran hombre” y su papel histórico. Pero también al “gran artista”, al “artista único”, al “creador genial”. Proclama la muerte de la obra maestra, la abolición del museo y de la sala de conciertos. Milita a favor de un arte “en situación”, espontáneo, función del momento y del lugar (Proudhon). Lo que importa es el acto creador, más que la obra, en sí. Transponiendo del dominio de la acción social a la esfera del arte el concepto de acción directa, invita al artista a comprometerse. Es significativo que quiera destruir todo lo que separa el arte de la vida.⁴⁶⁴

462 “La metodología holista propone de acuerdo con Hurtado que, cada evento refleja y contiene a la vez las dimensiones de la totalidad que lo comprende. Cada modo u holo tipo de investigación comprende de un modo trascendente, estadios investigativos anteriores (acción integradora) y posibles desarrollos futuros (acción proyectiva), desplegando de esta forma el modelo de Ciclo Holístico como circuito global, continuo, concatenado e integrado, que ofrece soporte metodológico y epistémico al investigador”. Ver Libardo Londoño Ciro y Jairo Marín Tabares, “Metodología de la investigación holística. Una propuesta integradora desde las sociedades fragmentadas”, *Uni-pluri/versidad* 2, n.º 3 (2002): 22. (Nota del autor)

463 J. V. Rubio, “Principios, o características de la complejidad”, 9 de enero de 2003, www.antroposmoderno.com/word/principios.doc, consulta: 20 de junio de 2016.

464 André Rezsler, *La estética anarquista* (Ciudad de México: FCE, 1974), 10.

La canción de autor, en medio de la voracidad del mercado y el autoritarismo estatal, sobrevive y resiste como una expresión artística distinta, pues:

Se es cantautor porque se canta lo que se compone, por vocación, por el goce mismo de expresar un sentimiento, una emoción, una idea a través de esa forma musical que es la canción; luego por convicción, por oficio, por la necesidad de comunicar un mensaje ya sea reflexivo o festivo en un diálogo franco y abierto con su tiempo, con la vida, con la tradición y sus posibles rupturas, y del cual nace la naturaleza del compromiso elegido.⁴⁶⁵

La canción de autor tiene sus peculiaridades y debe ser individualizada según su propia naturaleza, sin caer en el error de confundirla con otras manifestaciones que siendo cercanas, no son equivalentes:

La canción de autor tuvo contacto con la canción protesta, pero, se diferencia de ella en el hecho de que se proyectó desde el principio en lo sociopolítico, con un sentido de reafirmación y no de ruptura.⁴⁶⁶ Sus letras varían en estilo y temática; no obstante, y usualmente representan una meditación sobre la cotidianidad y la experiencia. Con frecuencia, el repertorio de este género hace referencia al amor, la exclusión, la fraternidad, la injusticia, la marginalidad, la paz, la solidaridad y la violencia.

Esta forma de canción supone la interpretación unipersonal de las obras acompañadas mayormente con guitarra, lo que otorga a quien la cultiva un estatuto específico;⁴⁶⁷ por esa vía, la canción de autor entronca con la literatura testimonial, en la medida en que ambas se fundamentan en un testigo que se mueve a contar algo, por la urgencia de una situación o el afán de desvelar el mundo que le rodea y que presumiblemente conoce.⁴⁶⁸

No se trata entonces de una expresión panfletaria, ni de una forma de arte funcional al poder institucional o del mercado; por el contrario, la canción de autor es profundamente libertaria en su dimensión política, social y estética, llegando inclusive a rescatar la oralidad de la poesía, que dentro de los estándares más conservadores está reservada para los autores de culto, como expresión del monopolio del poder sobre la cultura. Al respecto, Eduardo Galeano, manifiesta:

Yo me pregunto, en tren de citar ejemplos, si la obra de Chico Buarque de Hollanda carece de valor literario porque está escrita para ser cantada. ¿La popularidad es un delito de lesa literatura? El hecho de que los poemas de Chico Buarque, quizás el mejor poeta joven del Brasil, anden de boca en boca, tarareados por las calles, ¿disminuye su mérito y rebaja su categoría? ¿La

465 Amplia información en Julio Fowler, "A propósito de Mala Vista Anti Social Club: Algunos desacuerdos" *Revista Encuentro de la Cultura Cubana*, n.º 33 (2004): 258.

466 Víctor Casaus y Luis Rogelio Noguerras, comp., *Silvio: Que levante la mano la guitarra* (La Habana: Editorial Letras Cubanas, 1984).

467 Emmanuelle Rimbot, "Autorrepresentación y manifestps en la nueva canción y canto nuevo", *Revista Cátedra de Artes*, n.º 3 (2006): 28.

468 Ángel Carrión Tavárez, "La canción de autor como instrumento comunicacional en un contexto educativo intercultural y multilingüe" (tesis doctoral, Universidad de León, 2015), 39-40.

poesía solo vale la pena cuando se edita, aunque sea en tirajes de mil ejemplares? La mejor poesía uruguaya del siglo pasado —los “cielitos”, de Bartolomé Hidalgo— nació para que la acompañaran las guitarras, y sigue viva en el repertorio de los trovadores populares. Me consta que Mario Benedetti no cree que sus poemas para ser cantados son menos “literarios” que sus poemas para ser leídos. Los poemas de Juan Gelman, que no imitan al tango porque lo contienen, no pierden nada de su belleza cuando en tango se convierten. Lo mismo ocurre con Nicolás Guillén. ¿Acaso el “son”, su fórmula poética más característica, no proviene de la música popular afrocubana?⁴⁶⁹

Lo mismo podríamos decir de la música ecuatoriana, especialmente del pasillo que es una forma musicalizada mediante la cual los ecuatorianos recitan poesía, siendo este justamente el origen de los actuales poetas de la canción popular ecuatoriana, resultado del sincretismo cultural, propio de la diversidad del país de la mitad del mundo.

La canción de autor es vanguardista, revolucionaria, emancipadora, dinámica e inclasificable, y la experiencia ecuatoriana muy peculiar, pues posiblemente el carácter libertario de la canción de autor nacional, ha mantenido intacta la raíz de este quehacer artístico que viene desde la trova anarquista de Leo Ferré, Paco Ibáñez, Woodrow Gutrie y Georges Brassens, a diferencia de otros procesos en los que cantautores, trovadores y bardos, sucumbieron al poder y degeneraron su propuesta hasta volverla simplemente panfletaria; o en el peor de los casos y bajo las exigencias del mercado sacrificaron su honestidad en busca de fama y dinero.

Cuestiones metodológicas aplicables al estudio de la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana

El objeto de investigación del presente estudio⁴⁷⁰ constituye en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una problemática que consideramos puede ser estudiada en función de los siguientes elementos: la libertad de creación y expresión artística, desde una perspectiva doctrinaria general, y

⁴⁶⁹ Eduardo Galeano, *Nosotros decimos no: Crónicas 1963/1988* (Madrid: Siglo XXI 1989), 265.

⁴⁷⁰ Para efectos del presente trabajo, entendemos al objeto de investigación como “La configuración que expresa a través de la cultura el proceso u objeto de la realidad, donde se manifiesta el problema. El objeto de investigación es cultura en tanto constituye conocimientos, lógica y métodos, siendo una categoría objetivo-subjetiva, donde lo objetivo esta en que es expresión de un objeto d la realidad y lo subjetivo porque es una interpretación expresada a través de la cultura y en la que en aras de solucionar el problema, el sujeto incorpora o construye, con lo que se desarrolla la contradicción entre él y el objeto de investigación y con ello se genera un nuevo problema, que a su vez implica una nueva cultura que va transformando en objeto de investigación.” En Fuentes Gonzalez Homero, Matos Hernandez Eneida, Montoya Jorge, *El proceso de investigación científica* (Guaranda: Editorial Universidad Estatal de Bolívar, 2007), 47.

vinculada, a los derechos consagrados en instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos; la libertad de creación y expresión artística como derecho de libertad constitucionalmente reconocido en Ecuador, su rol en el sistema de derechos constitucionales, y su relación con los demás derechos y libertades culturales garantizados en el ordenamiento jurídico nacional, y el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística como derecho de libertad en Ecuador, tomando como ámbito específico para este estudio la canción de autor ecuatoriana, en virtud de su postura emancipadora y contestataria.

Si la Constitución ecuatoriana ha incorporado ya en su texto a los derechos culturales y dentro de ellos la libertad de creación y expresión artística, es fundamental entenderla, determinar los mecanismos idóneos y efectivos para garantizar su pleno ejercicio, y de este modo evitar que este avance constitucional, se vea reducido a una simple declaración de buenas intenciones, que es lo que ocurre con muchísimos derechos y libertades en Ecuador, para ello se hace necesario observar cómo opera en un ámbito específico del arte como es el caso de la canción de autor.

Por ello, en este trabajo abordamos la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística en el DIDH y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el propósito de tener los elementos suficientes para reflexionar sobre el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor ecuatoriana, teniendo en cuenta que a pesar del reconocimiento de los derechos culturales en la Constitución ecuatoriana, la configuración jurídica no está debidamente desarrollada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, situación que se considera termina afectando el pleno ejercicio de este derecho de libertad.

Metodológicamente, en el presente estudio se han empleado los parámetros de la investigación jurídica integrativa, con el propósito de comprender el fenómeno jurídico como un todo, es decir, relacionar: norma, hecho social e intereses tutelados; tal y como lo señala el doctor Jorge Alberto Witker Velásquez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “un paradigma integrativo del derecho debe superar la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad”,⁴⁷¹ lo que nos conduce a la necesidad de obtener la información de las fuentes mismas, esto es la norma constitucional e infraconstitucional, la normativa internacional, la casuística, la jurisprudencia y la revisión

471 Jorge Witker Velásquez, “Hacia una investigación jurídica integrativa”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, n.º 122 (mayo-agosto de 2008) (Ciudad de México: UNAM), <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD00012212.pdf>, consulta: 15 de agosto de 2012.

bibliográfica; empleando técnicas de recolección de datos, de tal forma que puedan integrarse las diversas vertientes que convergen en la temática, de modo que forma y fondo, ser-deber ser, estructura y función puedan ser entendidos en una lógica que en sinergias creadoras transformen este trabajo académico en una herramienta teóricamente útil y socialmente comprometida con los derechos y las libertades.

Durante el desarrollo del trabajo, el tema ha sido estudiado como una totalidad a partir de un desarrollo multicausal, y al mismo tiempo, se lo ha limitado para que la investigación no se desborde.

La libertad de creación y expresión artística es connatural a todas las expresiones artísticas, no obstante, estudiar la problemática de cada una de las artes sería físicamente imposible, lo que no significa que se desconozca que los fenómenos de interrelacionamiento en el seno de la sociedad, no permiten reduccionismos, ni experimentan transformaciones en forma lineal-determinista.

Para reducir el *holos*⁴⁷² de forma aceptable, se ha apostado por la configuración, entendiendo que se trata de un acercamiento interpretativo y dinámico, asumiendo que el objeto de estudio es una totalidad que admite ser examinada a partir de las interrelaciones de carácter dialéctico, puede ser determinada de manera operativa en atención a los límites del trabajo investigativo, y ser delimitada como una expresión fenoménica de la investigación capaz de desarrollar una forma de conocimiento útil para transformar una situación determinada; por esa razón hablamos siempre del estudio de la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Dentro de los derechos culturales, se reduce la complejidad para descender hacia las libertades culturales y dedicar el estudio a una libertad cultural específica, esto es la libertad de creación y expresión artística.

Para el año 2013, la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed presenta su Informe, paralelamente a este trabajo se dio inicio a la investigación sobre libertad de creación y expresión artística en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, la gran complejidad y diversidad de las artes hacen que el estudio de la libertad de creación y expresión artística se vuelva una tarea que excede el propósito del presente trabajo, porque podría afectar el rigor

472 "El *holos* (un término griego que significa "todo" o "entero") alude a contextos y complejidades que entran en relación, ya que es dinámico. Para la comprensión holística, el todo y cada una de las partes se encuentran ligadas con interacciones constantes. Por eso cada acontecer está relacionado con otros acontecimientos, que producen entre sí nuevas relaciones y eventos en un proceso que compromete el todo". <http://definicion.de/holistica/>, consulta 3 de julio 2017.

académico del mismo, al considerar que: “La lógica de la investigación es una consecuencia de la relación dialéctica entre la postura epistemológica del investigador y el objeto de la cultura expresado en el marco teórico construido por este, lo que deviene en una contradicción dialéctica que se resuelve al constituirse este en mediador entre la postura epistemológica y el marco teórico.”⁴⁷³

Por ello, se decidió concentrar el último capítulo de esta investigación al estudio de una expresión concreta del arte, con el objeto de determinar con absoluta precisión, la ubicación del efecto sintagmático, considerando que el sintagma constituye una concepción amplia en la cual puede percibirse un hecho como totalidad y no simplemente como una perspectiva única e incompleta, de modo que constituye un recurso y una forma de mirar el quehacer investigativo capaz de reconocer, valorar, apreciar e integrar el conjunto de aportes y experiencias al proceso del conocimiento, de forma tal que se podrá examinar adecuadamente las descripciones, análisis, predicciones, teorizaciones y constataciones trabajadas, en una expresión artística concreta de la realidad, y en un momento también determinado.

Después de haber participado desde hace ya treinta años en el quehacer de la canción de autor, se decidió estudiar la en relación con la libertad de creación y expresión artística, puesto que se trata de una forma de arte eminentemente popular, además que por su contenido constituye una forma de arte vinculada con las luchas de los pueblos, con la memoria histórica, con la condición humana, como lo señala Álvaro Martínez Majado:

A propósito de esta “aproximación crítica a la vida” cabría preguntarse por qué el cantautor elige la canción y no, por ejemplo, el ensayo. A ello tratan de dar respuesta M^á L. Alonso Escontrela, M^á C. Pereira Domínguez y J. Soto Carballo: “La música es sin duda un lenguaje fascinante. En ella se concentran la capacidad de comprensión y de expresión, el orden lógico y la capacidad de abstracción”. A su juicio, la expresividad, la posibilidad de usar la canción en cualquier lugar y circunstancia y la metáfora son otras de las características de la canción de autor, sin olvidar una de las más relevantes en este sentido: la capacidad de presentación de la realidad como un modo deficiente de lo posible, lo que da lugar a un impulso por construir otras alternativas más ricas, más humanizadas.⁴⁷⁴

En consecuencia, una expresión artística crítica, contestaria, irreverente, poética, reflexiva, concienical, necesariamente va a ser incómoda para

473 Homero Calixto Fuentes González, “El proceso de investigación científica desde el modelo holístico configuracional” (Santiago de Cuba: CEES Manuel F Gran. Universidad de Oriente, 2004). Edición electrónica MEGACEN, Centro de Información y Gestión para la Ciencia y la Técnica, del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio de Cuba 8, n.º 2 (2003). <http://www.santiago.cu/cienciapc/n/numeros/2003/2/articulo02.htm>, consulta: 10 de septiembre de 2014.

474 Álvaro Martínez Majado, “¿Qué es la canción de autor?”, <http://alvaro.cat/es/humanidades/que-es-la-cancion-de-autor.html>, consulta: 10 de septiembre de 2014.

el poder, y ese será el escenario de tensión en el cual podemos examinar si estos creadores ejercen su libertad de creación y expresión artística.

Los cantautores o trovadores, no son simples intérpretes, se trata de creadores de una expresión artística con contenido, y cuya presencia en la historia ha sido significativa, tal es el caso del chileno Víctor Jara, torturado y asesinado el 16 de septiembre de 1973, por el Gobierno de Augusto Pinochet, simplemente por componer canciones de contenido social y *poetizar la denuncia* — como lo ha afirmado en reiteradas ocasiones su esposa Joan Jara —, y como tantos cantautores exiliados, detenidos, agredidos, procesados e impedidos de crear y expresar su arte, tema que será analizado en esta última parte del presente trabajo.

La suma de las cuestiones abordadas nos permitirá construir como aporte de este estudio una doctrina jurídica básica sobre libertad de creación y expresión artística, cuestión que ha sido escasamente considerada por la doctrina jurídica en el mundo, y completamente ausente en la reflexión ecuatoriana.

La imposibilidad de plantear una definición para la canción de autor

Reflexionar sobre el significado del término canción de autor puede tener alguna dificultad; coincidiendo con Luis Torrego Egido, creemos que no es posible plantear una definición⁴⁷⁵ capaz de delimitar de forma precisa qué es o qué expresiones se incluyen en la canción de autor, en virtud de la heterogeneidad de esta expresión artística. Efectivamente, se habla indistintamente de canción de autor, canción protesta, canción social, canción popular, canción social y antropológica, canción testimonial, canción poética, canción concienzial, canción de contenido, nueva trova, canción necesaria, nuevo cancionero, nueva canción, canción socialmente responsable, canción propuesta, etc., de modo que no se tiene una absoluta certidumbre terminológica sobre el tema, lo que se explica en el hecho de que esta expresión artística presente en las luchas de los pueblos ha tomado varios nombres según la multiplicidad de formas y experiencias que han acompañado a este fenómeno social y artístico, lo que evidentemente determina su carácter polifacético.

En el presente trabajo se utilizará la terminología *canción de autor*, coincidiendo con Fernando González Lucini, autor cuyo trabajo sobre el tema se considera como uno de los más concienzudos, con ensayos tales como *Y la palabra se hizo música, 20 años de canción de autor en España, De la memoria*

⁴⁷⁵ Amplia información en Luis Torrego Egido, *Canción de autor y educación popular (1960-1980)* (Madrid: La Torre, 1999).

contra el olvido, *Labordeta nueva visión, Crónica cantada de los silencios rotos*, etc. Para González Lucini se habla de canción de autor —aunque sin lugar a dudas el término puede resultar ciertamente reduccionista—⁴⁷⁶ porque la actitud del propio cantautor frente a la cultura es contestataria, debido a las siguientes razones:

En el nivel de las prácticas culturales, la canción de autor se sitúa en un cruce de caminos en el que confluye lo popular con cierta tradición poética culta que se inspira a su vez en lo popular. Cuando los cantautores se lanzan a musicar a los poetas, están reclamando para sí la legitimidad de formar parte de la alta cultura, de que su producción sea considerada cultura con mayúsculas.⁴⁷⁷

Más allá de la polisemia de la terminología, la canción de autor es fruto del trabajo de un artista que es el cantautor, que es el protagonista de esta expresión de gran tradición en el mundo entero. Los cantautores son artistas que escriben, componen e interpretan su propia obra, incluyendo letras y melodías; sin embargo, y a diferencia de cantantes que pueden inclusive llegar a escribir alguna canción, constituye una forma distinta de hacer de la canción una forma de arte vinculada a la tradición del folk acústico.

Tanto las composiciones como los arreglos están escritos principalmente como vehículos en solitario, con el material orientado hacia cuestiones de carácter reivindicativo, libertario, político, introspectivo, sensible, romántico, subjetivo, confesional, surrealista, crítico, reflexivo, testimonial, etc., de modo que generalmente las canciones escritas por estos artistas se presentan como herramientas para que las personas, los grupos sociales y los pueblos, tomen conciencia social y política.

El producto artístico constituyen las canciones que se caracterizan por ser profundamente personales, razón por la cual no dudamos en afirmar que la existencia de la antigua tradición oral que es compartida en todo el mundo, es el punto de partida de lo que hoy llamamos canción de autor, el acompañar piezas poéticas con sonidos es una práctica milenaria de la especie humana:

De hecho y siguiendo el razonamiento de Juan Pablo Neyret de la Universidad Nacional de Mar del Plata, “los modernos trovadores han cubierto el espacio robado al poemario y, si se vuelve a considerar el carácter eminentemente oral de la poesía, se constituyeron en una vieja/nueva

476 Fernando González Lucini, *Crónica cantada de los silencios rotos: Voces y canciones de autor, 1963-1977* (Madrid: Alianza, 1998), 33.

477 Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82201220>, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica. Héctor Fouce y Juan Pecourt, “Emociones en lugar de soluciones. Música popular, intelectuales y cambio político en la España de la transición”, *Revista Transcultural de Música*, n.º 12 (2008), Edición electrónica.

forma del poeta". En síntesis la fuerte presencia de versos hablados en la obra junto con las canciones son una clara referencia a la tradición de los rapsodas griegos, los skalds nórdicos, los trovadores y troveros franceses, los juglares españoles y a la tradición literaria oral de nuestros pueblos originarios de Abya Yala.⁴⁷⁸

Diríamos entonces que gracias a la canción de autor, la poesía oral está más viva que nunca, de hecho en 2016 se otorgó el Premio Nobel de literatura al cantautor estadounidense Bob Dylan, como reconocimiento, por la calidad de sus textos; de hecho:

Si el Nobel algún día se convierte en retroactivo, nunca se le dará al autor de *El Mío Cid* o la *Iliada* porque no le pertenecen a un autor, sino a la tradición de un pueblo. En el caso de Dylan es distinto y novedoso. Es un sujeto individual, está vivo y todavía da conciertos, lo que lo convierte en la mejor oportunidad de la Academia de premiar a un cantante, un poeta oral, un representante de esta clase de literatura.⁴⁷⁹

Todo lo señalado evidencia la trascendencia de la canción de autor y su naturaleza poética y literaria, así como la dificultad de expresar sus contenidos en plena libertad por su naturaleza cuestionadora del poder, que constantemente la coloca en una situación de vulnerabilidad, que conduce a cantautores, trovadores, bardos y creadores a realizar su actividad bajo la atenta mirada del censor, que en cualquier momento puede coartar su libertad de creación y expresión artística.

Evolución de la canción de autor

El quehacer creativo y artístico de los cantautores contemporáneos tiene como referencia una primera generación que corresponde a los autores e intérpretes que emprendieron y desarrollaron su trabajo de creación y de comunicación entre mediados de los años 50, 60 e inicios de los años 70, tal es el caso de Woody Guthrie reconocido cantautor folk, y Georges Brassens precursor de la trova anarquista.

A partir de mediados de los años 70 se da una mayor consolidación de la canción de autor, aunque caracterizada por una fuerte carga política e ideológica, destacándose Bob Dylan, Leonard Cohen, Georges Moustaki, Paco Ibañez, Atahualpa Yupanqui, Violeta Parra, Joan Manuel Serrat, Pedro Soriano, Silvio Rodríguez, entre otros.

478 Notas de presentación del CD Puro y simple de Eduardo Calero Jaramillo, <http://www.lastfm.es/music/Eduardo+Calero/Puro+y+simple/+wiki>, consulta: 11 de septiembre de 2014.

479 Víctor Reyes, "Bob Dylan, el Premio Nobel y los límites de la literatura", Rpp Noticias, <http://rpp.pe/cultura/literatura/bob-dylan-el-premio-nobel-y-los-limites-de-la-literatura-noticia-1002366>, consulta: 20 de junio de 2016.

En los años 80 y 90, la canción de autor toma un giro más amplio, tanto desde el punto de vista musical como poético, e incluso social y político.

Finalmente, y a partir de 2000, asistimos a una evolución positiva del trabajo de los cantautores, con propuestas cada vez más abierta y de mayor diversidad, lo que evidencia la capacidad de esta expresión del arte por estar a la altura de un nuevo momento de la historia humana.⁴⁸⁰

En el caso ecuatoriano, la trayectoria de la canción de autor es similar de otros países del mundo.

Este proceso tiene una historia que se inicia hace más de 30 años, una evolución conceptual y un trabajo constante de sus actores que han tomado las influencias armónicas, melódicas, rítmicas y poéticas llegadas de todas partes sin dejar de lado las de raigambre local, para definirnos y enriquecer nuestra identidad y autoestima. Hoy se puede ya hablar de un movimiento de Canción de Autor como nunca antes pudo tener lugar en el país, debido a varias circunstancias.⁴⁸¹

A finales de la década de 1950, en Latinoamérica se vive un despertar de la conciencia política a consecuencia de la agudización de los conflictos sociales, y es en este momento en que surge embrionariamente la música latinoamericana, conectada con las tradiciones orales y musicales de las culturas ancestrales, y que constituirá el germen de lo que posteriormente llegó a conocerse como *la nueva canción latinoamericana*. En los años 60, en toda América incluida se muestra un creciente interés en la canción folclorista con proyección social; en los EE. UU., por ejemplo, el primer Bob Dylan, aparece como referente de un canto social, que abogaba por los derechos civiles, la paz y denunciaba las injusticias sociales; en Latinoamérica en tanto será un tiempo de dictaduras, represión, pero también del triunfo de la Revolución cubana. De España llegaban a América ciertos ecos de la nueva canción catalana y española en general con Joan Manuel Serrat y Paco Ibañez,⁴⁸² ciertas ideas del Mayo del 68 francés, muy poco de la canción francesa de Jacques Brel (1929-1978) o de la trova anarquista de siglo XX de Georges Brassens (1921-1981) o la cantautoría ácrata de Pedro Soriano y

480 Amplia información sobre el tema puede encontrarse en el Blog de Fernando Lucini en <http://fernandolucini.blogspot.com/search/label/%C2%A1No%20lo%20entiendo%21%C2%A1Que%20me%20lo%20expliquen%21>, consulta: 20 de octubre de 2016.

481 Red ecuatoriana de trovadores, "Unas líneas sobre la canción de autor en el Ecuador", <http://canciondeautorecuador.blogspot.com/p/la-cancion-de-autor-en-ecuador.html>, consulta: 11 de septiembre de 2014.

482 Sobre Paco Ibañez se puede decir que más bien se trata de un musicalizador de la poesía española antes que un cantautor propiamente dicho, sin embargo su aporte cultural a la consolidación de esta expresión artística ha sido sumamente valiosa. (Nota del autor)

menos aún del movimiento de cantautores italianos entre los que destaca Francesco Guccini.

Llegamos a los años 70 y en Latinoamérica se consolida la canción de contenido social, como un fenómeno artístico y estético. En una velada en Casa de las Américas, un 18 de febrero de 1968 cantaron juntos por primera vez y frente al público, Silvio Rodríguez, Pablo Milanés y Noel Nicola, sin embargo, el movimiento de la nueva trova cubana, versión caribeña de la nueva canción latinoamericana, de manera oficial, sería fundado en Manzanillo, el 2 de diciembre de 1972.⁴⁸³

Las dictaduras de las décadas de 1960 a 1980, intentaron por todos los medios acabar con esta expresión del arte, por su evidente ideología de izquierda, de allí la adjetivación de *música protesta*, puesto que:

La Nueva trova implicó una fusión que englobó innovación con tradición. Una fusión de temas que abarca la antigüedad-modernidad, música y poesía. Sincretismos estos que ayudan a parir la mestiza canción. Abordando encarecidamente vivencias colectivas, lo cotidiano y lo que nos afecta y nos impide ser. Hurgando en nuestras raíces, rescatando cantos laborales, trinares de aves, resonancias de la misma naturaleza que entrompen hacia sonidos genéricos ancestrales; sinfonías que nos lleven al inconsciente de esencias perdidas. Todo bajo un imaginar que la música nos puede llevar a colores y olores de nuestra gens memorial. Un gesto pasional de un músico o un director de orquesta transmite infinitud de sentires. Saber comunicar, instrumentando canciones que hagan percibir que alguna vez fuimos felices y podemos volver a serlo. En síntesis, transmitir con energía la belleza del concebir.⁴⁸⁴

En el año de 1972 se realiza en la Habana un encuentro de música latinoamericana, en el cual se llevan adelante varias discusiones a nivel teórico sobre la trascendencia de esta naciente expresión cultural, y fundamentalmente para tratar de entender la relación entre lo culto y lo popular en la canción y su rol en las transformaciones sociales que reclamaba la sociedad latinoamericana, además se discute sobre la relación entre la música y la revolución, y el problema del colonialismo y la penetración cultural. Esa partir de este suceso que la canción de autor latinoamericana, es percibida como una manifestación de carácter más bien político, etiqueta que erróneamente se mantiene hasta nuestros días.⁴⁸⁵

Sin embargo, la realidad es otra pues desde sus primeros momentos, los cultores de la canción de autor latinoamericana han venido debatiendo

483 Información obtenida en la Casa de las Américas, La Habana Cuba. (Nota del autor)

484 Rafael Pompilio Santeliz, "El cantor y la música para el cambio social", <http://www.aporrea.org/actualidad/a168720.html>, consulta: 11 de septiembre de 2014.

485 Leonardo Calvo Cardenas, "La nueva trova: Cuarenta años después", 29 de febrero de 2012, <https://www.cubanel.org/articulos/la-nueva-trova-cuarenta-anos-despues/>, consulta: 20 de junio de 2016.

sobre el carácter de la misma, entre quienes consideran que la canción debe estar al servicio de la revolución y quienes ven en ella el espíritu innovador de cada época, el espacio idóneo para cultivar la poesía, la innovación, lo sublime, la crítica social, la recuperación de las espiritualidades, la construcción del ser latinoamericano, y como no: el amor.

En el caso ecuatoriano, entre los años 60 y 70, el país vive entre el velasquismo y el agotamiento de un modelo económico sustentado en la exportaciones del banano, una profunda crisis económica, el descubrimiento de reservas de petróleo, la llegada de Gobiernos militares con Guillermo Rodríguez Lara, luego del triunvirato, y paralelamente la consolidación del movimiento obrero ecuatoriano, y la efervescencia del movimiento estudiantil universitario.

La canción social ecuatoriana nace con una fuerte influencia de la nueva canción chilena, especialmente de grupos como Quilapayun e Inti Illimani, de hecho se considera que en el caso ecuatoriano existe una mayor relación con la canción de autor chilena que con la nueva trova cubana, como erróneamente se cree. Al respecto, la etnomusicóloga Ketty Wong Cruz, en su reconocido libro *La música nacional: Identidad, mestizaje y migración en el Ecuador*, manifiesta:

Ecuador recibió una corriente de inmigrantes chilenos que estaban huyendo del régimen dictatorial de la década de los 70; algunos formaron estos conjuntos de música folclórica. Estudiantes ecuatorianos de la clase media formaron sus propios conjuntos y sentaron las bases para el movimiento de la nueva canción en Ecuador, aparecieron las famosas peñas, donde se reunían y gente que compartía las ideas del movimiento.⁴⁸⁶

Los primeros artistas ecuatorianos que se suman a la corriente del nuevo canto son los grupos Jatari, Illuman, el grupo de canción protesta de la FEUE, el grupo noviembre 15, la mayoría de ellos nacidos en las aulas de la Universidad Central del Ecuador, además solistas como Enrique Males, cantor indígena oriundo de la provincia de Imbabura, quien mantuvo gran cercanía con los artistas chilenos Víctor Jara, Patricio Manns y Tito Fernández.

En el año de 1973 aparece ya en la ciudad de Quito, Jaime Guevara, cuyo trabajo tiene una fuerte influencia de Bob Dylan, y el movimiento del *folk-song* norteamericano, y aunque inicialmente fue rechazado por los puristas cultores del canto protesta de carácter casi folclórico, hoy por hoy, es reconocido como un icono de la trova urbana anarquista de Ecuador.

Para 1977 y a raíz de la masacre de los trabajadores azucareros del ingenio Aztra, Ulices Freire, cantautor cuencano escribe el poema 77 y lo

486 Ketty Wong Cruz, *La música nacional: Identidad, mestizaje y migración en el Ecuador* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2013).

musicaliza con lo cual la relación entre poesía social, canto popular, y cantautor se configura en el país.

En 1978, desde la Facultad de Medicina de la Universidad Central surgen Pueblo Nuevo, posiblemente el grupo más representativo de la nueva canción ecuatoriana.

A finales de los años 70, Fabián Meneses, de algún modo inaugura el quehacer del cantautor en un bar de la Mariscal, de la ciudad de Quito llamado, *Hojas de hierba*, generando una propuesta desde su propia creación.

En los años 80 una canción de autor urbana aparece en Ecuador, con el trabajo de grupos como Promesas Temporales y Umbral, de estos grupos emergerían cantautores tan destacados como Hugo Idrovo, Alex Alvear y Pancho Prado. En esta misma época aparece también en la escena quiteña Fernando Jaramillo conocido artísticamente como Guandungo de la Tierra, integrando la poesía al canto popular, además, se radica en Ecuador el cantautor argentino Alberto Caleris.

Para la década de los 90, la canción de autor prácticamente se ha impuesto sobre la antigua nueva canción políticamente comprometida y por todo el país, aparecen una gran cantidad de cantautores, evidenciando la diversidad propia de la cultura ecuatoriana, tendencia que ha ido creciendo y consolidándose hasta la actualidad.

La canción de autor ecuatoriana, nace de la nueva canción latinoamericana, inicia con cierta identidad compartida, a través del folclore andino con grupos chilenos como Inti Illimani y Quilapayun, avanza con proyectos de investigación y recopilación de ritmos, instrumentos, y tradiciones orales de los pueblos ancestrales andino-amazónicas y afroecuatorianos, luego vuelve los ojos a las realidades urbanas para consolidarse en lo que hoy se ha dado por llamar canción poética, caracterizada por ser fruto de la autocreación, llegando a ser la expresión más avanzada de esta expresión artística en nuestro país.

En cuanto a los contenidos, el avance va desde la denuncia social en los años 60 y 70, una canción de carácter urbano en los años 80, hasta la poetización de la canción a partir de los años 90.

Es importante destacar que en el año de 1984, se intentó consolidar el Movimiento Ecuatoriano de la Nueva canción, que no logró cumplir sus objetivos; algo similar ocurrió en 2007 con el intento de constituir la Red Ecuatoriana de Trovadores, sin embargo, han sido y siguen siendo los cantautores independientes quienes mantienen viva la canción de autor nacional.⁴⁸⁷

487 Amplia información en <http://canciondeautorecuador.blogspot.com/p/la-cancion-de-autor-en-ecuador.html>, consulta 3 de julio 2017.

El cantautor y la libertad de creación y expresión artística

Sin lugar a dudas, la canción de autor ecuatoriana constituye una expresión estética, social, política y reflexiva, que es consustancial a la cosmovisión del ser ecuatoriano. El término canción de autor nos permite referirnos a un arte constituido por música popular y poesía que supone una ruptura contra la cultura dominante, una pugna por revalorizar la identidad de los pueblos y las personas, y se caracteriza por ser una manifestación artística que denuncia las injusticias sociales, está profundamente comprometida con la defensa de la dignidad humana y de la libertad; y se expresa fundamentalmente, a través de un texto poético que se impone sobre la música que por lo general es sencilla por tratarse de una especie de vehículo para que fluya el mensaje.

El cantautor hace una tarea de difusión cultural, asumiendo un rol testimonial ante las realidades de su tiempo, buscando reflexionar inclusive con cierta pretensión filosófica, para despertar una conciencia ética por medio de su propuesta, lo que revela su intención de que la gente utilice la canción como una herramienta útil para que pueda enfrentar sus problemas existenciales y también sus buenos momentos; además contribuye a la reinterpretación del folclore, la sociabilización de la política con intenciones de carácter educativo, fomenta la sensibilidad colectiva, y es ante todo un ejercicio contra hegemónico del arte.⁴⁸⁸

La canción, en sí misma, es una expresión híbrida resultante del cruce entre la cultura oral y la cultura escrita, es una forma de comunicación sumamente versátil que permite ejercer la libertad de expresión en forma artística y eficiente en virtud de la brevedad del texto, y una forma de revitalizar la literatura, puesto que:

La canción como género literario que cumple una función social en estrecha relación con los elementos estructurales que la conforman, es la manifestación de ese proceso evolutivo de la literatura como sistema en constante cambio que contradice las restricciones canónicas impuestas por factores críticos que la relacionan únicamente al plano de la escritura. Frente a esta visión restringida de la literatura se contraponen la que, a través de un canon y corpus críticos, elabora una noción que incluye, aparte de otros factores, el plano oral de la difusión literaria como valor intrínseco, constitutivo de un proceso literario en evolución.⁴⁸⁹

488 En Ecuador es notorio como quienes inisivilizan a la canción de autor nacional, al mismo tiempo alaban a artistas extranjeros de reconocida trayectoria como Bob Dylan, Joan Manuel Serrat, o Silvio Rodríguez, lo que evidencia una suerte de doble moral por la cual, está bien hacer canción crítica si se es extranjero, y si sí se hace a nivel nacional que sea limitada, imperceptible a la opinión pública, sin incomodar a nadie, y circunscrita a una audiencia mínima. (Nota del autor)

489 José Antequera, "Oralidad y difusión poética en la Nueva Canción Latinoamericana", *Voz y escritura. Revista de Estudios Literarios*, n.º 16 (2008): 94-5.

Las particularidades antes señalada, demuestran la esencia humanista y libertaria de la canción de autor, y su importancia para la cultura popular, pues como forma de manifestar la condición humana, mantiene un constante enfrentamiento contra el poder, el odio, el carácter deshumanizador de la propia sociedad, y cualquier intento por impedir que los pueblos y las personas vivan en libertad. No se trata pues simplemente de una actitud revolucionaria, se trata de una rebeldía que anuncia utopías presididas por la esperanza.

Por ser uno de los casos paradigmáticos en América Latina, se menciona el caso de Víctor Jara, por su trascendencia y por haber visibilizado la forma como opera la represión del poder en contra de un cantautor por el hecho de componer canciones de contenido político, hasta el punto de quitarle su propia vida después de haberlo torturado.⁴⁹⁰

Durante el golpe de Estado, en contra del presidente Salvador Allende en Chile, y la brutal violación a los derechos humanos contra el pueblo chileno, destaca en el caso del cantautor y profesor de la Universidad Técnica del Estado Víctor Jara, quien tal y como lo señalara en diversas ocasiones Danilo Bartulin, también prisionero en el Estadio Nacional de Chile, por haber sido el médico personal de Salvador Allende, “lo torturaron y asesinaron porque odiaban sus canciones”,⁴⁹¹ afirmación que permite profundizar un poco más sobre las razones que condujeron al crimen contra el artista, ya que aunque pudiera ser la explicación más lógica, que su asesinato se produce como consecuencia de su militancia de izquierda y su apoyo frontal al Gobierno socialista de Allende, todo ello sumado a la crueldad que se vivió en el estadio de Chile, convertido por aquellos días de septiembre de 1973 en una suerte de campo de concentración, existe una versión que sugiere que Víctor Jara fue torturado y asesinado efectivamente por el contenido de sus canciones, y de una muy en particular, intitulada *Preguntas por Puerto Montt*.⁴⁹²

490 Ver “El presunto asesino de Víctor Jara se jactaba del arma con que lo mató, según un testigo, publicado”, 19 de junio de 2016, <http://www.cancioneros.com/co/8433/2/el-presunto-asesino-de-victor-jara-se-jactaba-del-arma-con-que-lo-mato-segun-un-testigo>, consulta: 20 de junio de 2016.

491 El relato de Danilo Bartulin es la narración de este médico que ha sido recogida en varios medios de comunicación a través del tiempo, sin embargo ha tomado gran importancia el haber sido considerada por el juez chileno Alejandro Madrid, que investiga el asesinato del cantautor Víctor Jara tras el golpe militar de 1973. (Nota del autor)

492 La llamada masacre de puerto Montt ocurrió el 9 de marzo de 1969, y fue un episodio de represión en contra de un grupo de personas de escasos recursos que intentaron ocupar un terreno en Pampa Irigoin, siendo masacradas más de diez personas por fuerzas policiales del estado chileno. Sobre estos hechos fue responsabilizado el Ministro del Interior Edmundo Pérez Zujovic. En su canción Víctor Jara dice: “Usted debe responder/ señor Pérez Zujovic/ ¿por qué al pueblo indefenso/ contestaron con fusil?”. (Nota del autor)

Pues bien, la investigación sobre la muerte de Jara ha tenido problemas para identificar a uno de los autores del crimen, se trata de un oficial apodado *El Príncipe*, cuya identidad continúa siendo un misterio, a pesar de que se afirma que fue él quien consumó el asesinato; la justicia chilena investigó una hipótesis que —según nuestro criterio— no solamente podría dar luz a los hechos sino que es coherente, la cual en su momento fue ampliamente recogida por la prensa:

Hace pocos días, cuando parecía que la causa había perecido sin responsables, el juez Alejandro Madrid ordenó identificar al “Príncipe” entre los exalumnos del colegio inglés. Las distintas versiones indican que el autor del disparo fatal podría ser el exteniente Edwin Dintel Bianchi o también Rodrigo Rodríguez Fuschlölger o Nelson Haase Mazzei, todos con características físicas similares.

Hasta el momento, los jueces que han tenido en sus manos la investigación ya los han citado a todos, pero ellos niegan su participación en el asesinato. Madrid cree que la muerte estaría relacionada con un episodio ocurrido en 1969 en el centro escolar. Aquel año el artista había ido a dar un concierto, en el que cantó *Preguntas por Puerto Montt*, que aludía a la masacre de once civiles por parte de la policía durante el Gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-70). Jara fue agredido entonces por alumnos del colegio.

Cuatro años después, cuando el artista era torturado en el estadio de la capital chilena, el agresor le dijo que lo suyo era una venganza por sus insultos al ministro del Interior de Frei, Edmundo Pérez, aludido en la canción de protesta interpretada en aquel colegio.⁴⁹³

Pues bien, se conoce que en el mes de julio de 1969, en el Colegio Saint George de Santiago se realizó una semana cultural cuyo eje central trató sobre los valores tradicionales del sistema educativo chileno, bajo la coordinación del profesor de filosofía Gustavo Miranda, en el marco de esta jornada cultural se invitó a cerrar el evento al cantautor Víctor Jara, quien cantó la canción *Preguntas por Puerto Montt*, una gran parte del público abucheó al artista llegando inclusive el estudiante Edmundo Pérez Yoma a lanzar una pedrada a Jara, junto al hijo de Pérez Zujovic, también alumno del Colegio, lo que obligó al cantautor a retirarse apresuradamente por la puerta trasera.⁴⁹⁴

Si bien es cierto que esta versión hasta la fecha no ha podido ser comprobada, y que el caso de Jara se ha tramitado como uno más de las miles

493 Marcela Valente, “Un Juez busca en un colegio al asesino de Víctor Jara”. *Qué!* (Bilbao), <http://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20111002/mundo/juez-busca-colegio-asesino-20111002.html>, consulta: 17 de septiembre de 2014.

494 La crónica completa de estos acontecimientos puede leerse en la edición del diario *El Mercurio* de Chile, del 12 de julio de 1969, bajo el título “Incidentes en colegio católico por penetración marxista”.

de ejecuciones extrajudiciales durante la dictadura de Pinochet, la hipótesis antes señalada, sugiere una explicación muy coherente, respecto a las verdaderas razones del ensañamiento en contra de Jara, un aspecto que nunca fue totalmente aclarado.

De hecho, si se trató de una represalia por el texto de una de sus canciones, si acaso existió un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión en la canción *Preguntas por Puerto Montt*,⁴⁹⁵ seguramente estamos ante un caso extremo y aberrante en el cual la libertad de creación y expresión artística fue castigada con sadismo hasta terminar en una ejecución extrajudicial.

En el caso por la muerte de Víctor Jara, en el año 2013 el juez de la Corte de Apelaciones, Miguel Vázquez en un fallo de más de trescientas páginas, pudo probar la responsabilidad delictiva de Hugo Hernán Sánchez Marmonti, Raúl Aníbal Jofré González, Edwin Armando Roger Dimter Bianchi, Nelson Edgardo Haase Mazzei, Ernesto Luis Bethke Wulf, Juan Renán Jara Quintana, Hernán Carlos Chacón Soto y Patricio Manuel Vásquez Donoso.

Pedro Pablo Barrientos, fue el militar acusado de haber torturado y disparado contra el músico, poeta y director teatral y el Tribunal Supremo chileno considera procedente pedir su extradición a Estados Unidos, lugar donde reside este exmilitar chileno desde el año de 1989.

En cuanto a la justicia de los Estados Unidos, y ante una demanda interpuesta por Joan Turner Jara, viuda del artista, y sus hijas Manuela Bunster y Amanda Jara, con la asesoría del Centro de Justicia y Responsabilidad CJA con sede en San Francisco, un tribunal federal de Orlando, Estados Unidos, ha determinado en el año 2016, que el exmilitar chileno Pedro Barrientos, nacionalizado estadounidense, es culpable de tortura y asesinato extrajudicial del artista, por lo que fue condenado a pagar una compensación por daños y perjuicios de 28 millones de dólares para la familia, según lo determinado por el jurado.

Sin embargo, la represión a la canción de autor no se produce únicamente en Chile, pues como es conocido durante las dictaduras en Argentina, muchos artistas del canto social, fueron censurados llegando muchos de

⁴⁹⁵ Esta canción de Víctor Jara denuncia la matanza de la Pampa Irigoín en Puerto Montt y dice "Usted debe responder/ señor Pérez Zujovic/ por qué al pueblo indefenso/ contestaron con fusil / Señor Pérez su conciencia/ la enterró en un ataúd/ y no limpiarán sus manos/ toda la lluvia del sur / toda la lluvia del sur./ Murió sin saber por qué/ le acribillaban el pecho/ luchando por el derecho/ y un suelo para vivir." En el texto el artista señala como responsable de estos hechos violentos al entonces ministro del Interior Pérez Zujovic. Esta canción es parte del cuarto álbum de estudio de Jara intitulado *Pongo en tus manos abiertas*[...] grabado durante 1969, y publicado ese mismo año por el sello discográfico Jota Jota (posteriormente DICAP). (Nota del autor)

ellos como Mercedes Sosa, León Gieco, Víctor Heredia, María Elena Walsh, Piero, Litto Nebia a autoexiliarse en Europa, la llamada *operación claridad* que preparó una lista negra de personas vinculadas al ámbito cultural y sus obras, que fueron de simpatía del gobierno de facto.

Prohibidos, censurados, perseguidos, exiliados, torturados y asesinados. Cientos de artistas se alzaron en “palabras” para expresarse, sin imaginar que serían víctimas de la más sombría dictadura militar que vivió Argentina durante el Gobierno de facto de Jorge Rafael Videla entre los años 1976 y 1981. Doscientos cuarenta y uno fueron los “*desaparecidos culturales*”, decenas de artistas fueron censurados por su “diferente manera de pensar”, y muchos de ellos tuvieron que exiliarse en otros países.⁴⁹⁶ (Énfasis añadido)

Aparecen dos cuestiones muy interesantes que se han manejado frente a estas situaciones inusuales, y que son el genocidio cultural y los desaparecidos culturales, en escenarios extremos donde la libertad de creación y expresión artística ha sido severamente amenazada.

En primer lugar el *genocidio cultural*, un concepto trabajado por el jurista Raphael Lemkin, quien básicamente planteó que en casos de genocidio se debe también considerar la dimensión cultural, sin embargo el alcance del concepto no ha sido debidamente desarrollado y muchas veces se lo confunde o se lo asimila con el etnocidio.

Doctrinariamente los casos que se pudieran considerar verdaderos ejemplos de genocidio cultural son: las medidas implementadas durante la conquista europea sobre Abya Yala para borrar las culturas ancestrales a partir de la llegada de Cristóbal Colón en 1492, la supresión del idioma coreano por parte del Imperio japonés entre 1910 y 1945, la destrucción de la cultura polaca en la Segunda Guerra Mundial, y los intentos por destruir la cultura tibetana.⁴⁹⁷

En Argentina se ha usado mucho este término para denunciar cómo la dictadura afectó importantes valores culturales, de manera violenta e injustificada, con lo cual este concepto se torna mucho más complejo, pues, ya no solamente hace referencia a cuestiones vinculadas con ataques sistemáticos al patrimonio cultural, generalmente en el caso de conflictos armados como tradicionalmente ha sido empleado, sino que abarca todo tipo de acciones y que afecten un grupo de artistas y sus obras que desde el poder pretendan ser aniquilados, suprimidos o desaparecidos. El avance de este concepto en Argentina ha permitido que el dictador Jorge

⁴⁹⁶ “El genocidio cultural durante la dictadura”, *Minutouno*, 17 de mayo de 2013, <http://www.minutouno.com/contenidos/home.html>, consulta: 17 de septiembre de 2014.

⁴⁹⁷ Amplia información en “Cuando el genocidio acaba con la cultura”, *El Orden Mundial*, 21 de septiembre de 2015, <http://elordenmundial.com/cultura-y-sociedad/cuando-el-genocidio-acaba-con-la-cultura/>, consulta: 20 de junio de 2016.

Videla, haya sido procesado por un caso de genocidio cultural, en virtud del saqueo de la Biblioteca Popular Constancio C. Vigil ocurrido el 25 de febrero de 1977.⁴⁹⁸

En un momento de la historia en Latinoamérica, la canción de autor de contenido social, testimonial o libertaria, fue objeto de toda una campaña orquestada por el poder para desaparecerla, razón por la que se dice que existió un intento de hacer un genocidio cultural, aunque hay quienes consideran que esta experiencia histórica de represión cultural, no llegó a tanto; sin embargo lo que sí no se puede dejar de anotar es que los gobiernos dictatoriales hicieron todo cuanto pudieron por borrar esta forma de arte incómodo para ellos, y que la canción de autor resistió y sobrevivió esta etapa histórica tan difícil.

En España, durante la dictadura de Franco, ocurrió algo similar, y la canción de autor fiel a su naturaleza libertaria confrontó al autoritarismo, de modo que:

Los cantautores recuperaron a la Generación del 27 y se dejaron empapar por las principales corrientes artísticas y fenómenos culturales del momento: Dylan, la chanson francesa (Brel, Brassens, Moustaki), la canción latinoamericana (los ecos de Violeta Parra y Atahualpa Yupanqui, el compromiso político de Silvio Rodríguez), Mayo del 68, el pop de los Beatles. De fondo, se mantenía el espíritu comprometido que enlazaba con la canción protesta estadounidense de principios de los 60. “Yo creo que la música siempre es comprometida”, —añade Martirio— “incluso el poema de amor más lírico puede conectar con los sentimientos de forma que te haga reivindicar cosas muy políticas. Al remover los sentimientos, se mueve no solo lo lírico, sino también lo social y lo político.”⁴⁹⁹

Resulta un planteamiento sumamente vanguardista el concebir que la sistemática ocultación de ciertas manifestaciones culturales con el fin de aniquilarlas pudiera en algún momento ser reconocido como un verdadero genocidio cultural, pues efectivamente es muy probable que una buena del patrimonio literario-musical de los pueblos se haya perdido por expresar ciertas ideas que incomodan a la autoridad o al gobierno de turno, por cuya razón la implementación de distintos tipos de medidas para erradicar estas expresiones artísticas las ocultaron y las volatilizaron hasta borrarlas de la memoriacolectiva.

498 Florencia Bossié, Martina Dominella y Oliva Josefina, “Una resistencia al genocidio cultural”, *La Pulseada* (septiembre de 2015), <http://www.lapulseada.com.ar/site/?p=10048>, consulta: 21 de junio de 2016.

499 Jesús Miguel Marcos, “Las voces que lucharon contra Franco”, Madrid, artículo publicado el 20 de abril de 2011. *Público.es*, 20 de abril de 2011, <http://www.publico.es/culturas/372166/las-vozes-que-lucharon-contra-franco>, consulta: 19 de septiembre de 2014.

Y en segundo lugar los *desaparecidos culturales*, concepto que trata de encontrar un símil con la desaparición forzada o involuntaria, según la CIDH sobre Desaparición Forzada de Personas⁵⁰⁰ consiste en: “[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.⁵⁰¹

La desaparición cultural, por tanto, y según nuestro criterio, se refiere a las acciones u omisiones que agentes del Estado, o personas o grupos que actuando con autorización, apoyo o aquiescencia del mismo, impidan, obstruyan, silencien, o invisibilicen, la obra y expresión artística de un artista, un grupo social o un pueblo, con el propósito de que sea borrada de la memoria y no llegue nunca a integrar el patrimonio cultural tangible o intangible. Al respecto, no podemos olvidar que en el caso ecuatoriano la CRE de 2008 en su art. 379, establece que:

Son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, y objeto de salvaguarda del Estado, entre otros:

4. *Las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas.* Los bienes culturales patrimoniales del Estado serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. El Estado tendrá derecho de prelación en la adquisición de los bienes del patrimonio cultural y garantizará su protección. Cualquier daño será sancionado de acuerdo con la ley. (Énfasis añadido)

En consecuencia si la creación artística hace parte del patrimonio cultural todo acto, omisión, exclusión o supresión capaz de impedir que la creación individual o colectiva artística, científica o tecnológica, se pierda en el anonimato desapareciendo, conducirá a que aquella creación deje de ser parte del patrimonio cultural, y por tanto su autor pasaría a ser un *desaparecido cultural*.

Los desaparecidos culturales son producto de la invisibilización, de ciertas expresiones, obras, o manifestaciones artísticas que no son del agrado, funcionales, o resultan incómodas para algún poder ya sea político, económico, social, cultural, de medios de comunicación, etc.

500 Esta convención fue adoptada por la OEA el 9 de junio de 1994, y entró en vigor el 28 de marzo de 1996. (Nota del autor)

501 Artículo II de la CIDH sobre desaparición forzada de personas adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. (Nota del autor)

La libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana y sus tensiones con el poder

En Ecuador también se han dado casos de represión en contra de la libertad de creación y expresión artística de los cantautores como es el caso de la disolución del grupo promesas temporales, del cual formaban parte artistas de gran valía como Hugo Idrovo, Héctor Napolitano y Alex Alvear; durante el Gobierno de León Febres Cordero, los miembros del grupo llegaron a tener noticias que sus nombres constaban en una lista elaborada por el Ministerio de Gobierno, y que eran vigilados por los servicios de inteligencia del Estado, cierto día, Alex Alvear, quien habría sido considerado como anarquista y hasta insurgente, fue detenido por un comando de agentes del gobierno en la ciudad de Quito, secuestrado y vejado durante dos días, la desagradable experiencia hizo que Alvear se autoexiliara en los EE. UU., y aquello significó el fin de promesas temporales.⁵⁰²

Del mismo modo, el cantautor Jaime Guevara, en reiteradas ocasiones ha sido víctima de maltrato y represión por su trabajo artístico, en más de una ocasión ha sido detenido, encarcelado y maltratado por agentes de la policía nacional, todo esto por su firme apoyo incondicional a la causa de la desaparición de los hermanos Restrepo Arismendi, la objeción de conciencia y últimamente en defensa del Yasuní, área protegida catalogada como la reserva nacional de biósfera más grande de Ecuador continental. Durante el mandato de León Febres Cordero más de siete ocasiones fue encarcelado, y en el Gobierno de Sixto Durán Ballén, inclusive le fue decomisada temporalmente su guitarra por las fuerzas del orden,

El rechazo social al autoritarismo del régimen de Febres Cordero impulsó la movilización de diversos sectores, como la Comisión Ecuamélica de Derechos Humanos (CEDHU), Coordinadora de Artistas Populares, Comités de familiares de los presos políticos, Comités de diversos barrios, Frente Continental de Mujeres, estudiantes, entre otros.

La canción popular de Jaime Guevara encontró en este escenario político una fuente de inspiración para componer temas musicales de alto contenido social y crítica al poder. Sus conciertos y canciones acompañaron la movilización y la protesta, las barricadas de la lucha callejera constituyeron espacios de expresión de la voz disidente de los sectores medios y populares.⁵⁰³

502 Amplia información se puede leer en el sitio Solo Rock Ecuatoriano. El rincón de la música ecuatoriana. "Biografía de Hugo Idrovo", <http://descargarockecuatoriano.blogspot.com/2013/12/hugo-idrovo-biografia.html>, consulta: 21 de julio de 2016.

503 Nathalia Cedillo Carrillo, "Producción discursiva desde sujetos subalternos en la contienda política de los años 70 y 80 en el Ecuador" (tesis de maestría en Ciencias Sociales, con mención en Comunicación, FLACSO Ecuador, abril 2011), 15.

Durante el Gobierno de Rafael Correa, un incidente en el que participó el cantautor Jaime Guevara con el Presidente, evidenció nuevamente la condición irreverente de este artista y la intolerancia del poder; el 29 de agosto de 2013, el presidente Rafael Correa y su comitiva se encontraba en la ciudad de Quito, en el sector El Dorado, concretamente en las calles Yaguachi e Iquique; Jaime Guevara, al paso del auto presidencial hizo una señal calificada por la moral social como obscena, levantando el dedo medio de la mano. Según la versión del artista, recogida por los medios de comunicación, el Presidente furibundo bajó del auto e increpó al artista: “a ver, borracho marihuanero, si tienes algo contra mí, ven para acá —aflojándose la corbata— ven, hombre a hombre”. Inmediatamente el equipo de seguridad lo detuvo y lo mantuvo por un corto tiempo en custodia, y el Primer Mandatario continuó su camino.⁵⁰⁴

El referido incidente generó una gran polémica a nivel nacional, asimismo un hecho del que muy poco se habló tiene que ver con la descalificación que hizo el entonces ministro del Interior, José Serrano, a la obra artística de Jaime Guevara, señalando que le hacía canciones al expresidente ecuatoriano Lucio Gutiérrez: “Lo que nosotros podemos decir y creo que la ciudadanía no se ha de acordar [...] el señor Guevara le hacía las canciones a Lucio Gutiérrez y le declaraba héroe nacional, entonces qué tenemos que decirle al señor Guevara, insultarle por eso”,⁵⁰⁵ inmediatamente el artista desmintió las palabras del Ministro; a pesar de que un Secretario de Estado no se refiera al hecho en sí mismo, sino que utilice los micrófonos de una emisora para cuestionar la libre expresión del arte, es un precedente absolutamente reprochable, pues vulnera los derechos constitucionales. Esto se suma a los calificativos de “borracho” y “drogado”, empleados por el presidente Correa y la elaboración de un parte policial fraudulento para desprestigiar al cantautor, cuando la realidad es que Jaime Guevara es totalmente abstemio, pues sufre de epilepsia a consecuencia de una golpiza que le propinaron agentes de la policía, por sus canciones de carácter político, durante el Gobierno del doctor Oswaldo Hurtado.⁵⁰⁶

Un caso más reciente de censura a la canción de autor tiene relación con la denegación de subvención del Ministerio de Cultura del Ecuador, al

504 Una copia del informe policial suscrito por el Mayor Marco Montenegro de fecha 29 de agosto del 2013, reposa en los archivos del investigador. (Nota del autor)

505 Los señalamientos del ministro del Interior José Serrano fueron realizados en una entrevista en la emisora FM Mundo de la ciudad de Quito. (Nota del autor)

506 Byron Andino Veloz, “Ni la cárcel ni la represión callaron la voz del Chamo Guevara”, <http://www.cotopaxinoticias.com/seccion.aspx?sid=12&nid=12167>, consulta: 20 de julio de 2016.

Encuentro Internacional de Canción de Autor, que en apenas cuatro convocatorias logró posicionarse como uno de los festivales internacionales destacados en Sudamérica; el comunicado de sus organizadores, la Red Ecuatoriana de Trovadores y suscrito por los cantautores Fabián Meneses y Fabián Jarrín el 26 de octubre de 2011, en una parte manifiesta:

La actual administración del Ministerio de Cultura de Ecuador al mando de la ministra Erika Sylva, considera que nuestro festival no da la talla para ser beneficiario de fondos del Sistema Nacional de Festivales ni del programa de auspicios establecido por dicho Ministerio. En el preciso momento en que varios Municipios e instituciones privadas se suman a nuestro proyecto como lo han hecho en ediciones anteriores, pero aún con mayores aportes, al ver los resultados obtenidos y la gran expectativa nacional e internacional sobre el mismo, que posiciona a este Encuentro como el más importante para la Canción de Autor en toda la región, los jurados designados por la actual administración piensan todo lo contrario.⁵⁰⁷

A pesar de que el colectivo de cantautores organizó unos cuantos encuentros más, llegando hasta la quinta edición en 2013 y 2014, no fue posible continuar con esta actividad cultural por insuficiencia de recursos, evidenciando que la falta de financiamiento se erigió en un mecanismo de censura artificiosa.

Una vez más la canción de autor ecuatoriana sobrevive en espacios alternativos, y sin apoyo estatal, siendo dos experiencias muy significativas, la organización del encuentro de la canción poética en la ciudad de Quito impulsada por el cantautor Washo Flores, que sobrevive en medio de la indiferencia y la falta de apoyo y el apareamiento de la llamada morbísima trova, de carácter irónico y algo humorístico, a la que adhieren creadores como Chelo Granda, Oscar García, Joaquín Figueroa, Ismael Chávez, y Telfor Pozo; lo que evidencia que la canción de autor en Ecuador sobrevive, aun frente a grandes dificultades.

La canción de autor ecuatoriana, que como hemos venido destacando, se caracteriza por su carácter emancipatorio y por su diversidad ya que no puede “entenderse como simple resultado normal o natural de la *inspiración* de algún individuo particular, sino como producto de la relación entre las fuerzas políticas y sociales, que combinadas con las aptitudes y capacidades del compositor, han creado obras musicales[...].⁵⁰⁸

Consideramos que la canción de autor ecuatoriana es heredera del movimiento de la nueva canción ecuatoriana que surgió en los años 60 y 70,

507 Una copia del comunicado dela RET, reposa en los archivos del investigado. (Nota del autor)

508 Hernán B. Vázquez Rochay Teresa González, *Música y política. Análisis de una relación en una introducción y tres movimientos* (Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2009), 172.

y de la canción urbana de inicios de los 80, sin lugar a dudas, es una expresión cultural con personalidad propia. La presencia de figuras emblemáticas de la canción protesta como Jaime Guevara, Hugo Idrovo, exintegrante del grupo promesas temporales, o de Pancho Prado, exvocalista del grupo Umbral, no significa que exista una suerte de continuidad, pero sí una relación de respeto y complementariedad; que busca una mayor calidad en lo estético y en sus contenidos, marcando distancia con cuestiones panfletarias, demagógicas, facilistas, o militancias políticas: “El arte panfletario siempre ha sido un arte devaluado, al servicio de la consigna. Y cuando además esa consigna no transmite un discurso incómodo sino que reproduce aquello que la masa piensa y quiere escuchar, resulta dudosamente comprometido. Pero sobre todo, y esto es lo peor que se puede decir de una obra de arte, resulta prescindible”.⁵⁰⁹

Y es que la canción de autor ecuatoriana, la que se ha caracterizado por buscar una identidad propia que la distinga, sin pretensión alguna de emular otras expresiones similares, aunque, a veces da la impresión que la canción de autor está en un nivel subterráneo y hasta subliminal, sonando como si fuera un mensaje oculto, puesto que al poder que manipula el sistema cultural, “no le interesa promover la canción inteligente porque es dañina, en el sentido de que hace pensar”.⁵¹⁰ Y ello vulnera la libertad de creación y expresión artística decantadores, trovadores, bardos, juglares, autocantores y cantaescritores.

El acceso a medios de comunicación y su relación con el ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor

Los medios de comunicación son herramientas sociales utilizadas por las personas para informar y comunicar mensajes por medio de distintas posibilidades, ya sea en forma textual, audio, visual, etc. Dependiendo de los objetivos de la comunicación esta puede estar orientada hacia la comunicación masiva para transmitir información a pequeños grupos, como es el caso de los periódicos locales o institucionales, e inclusive existe información personalizada.

Según el art. 70 de la Ley Orgánica de Comunicación de Ecuador, los medios de comunicación social son de tres tipos: públicos, privados y

509 Xabel Vegas, “Contra la nueva canción protesta”, <http://xabelvegas.wordpress.com/2014/04/08/contrala-nueva-cancion-protesta/>, consulta: 19 de septiembre de 2014.

510 José Neketán, “Entrevista online con Luis Eduardo Aute”, 17 de febrero de 2006 (El Perinqué: Las Palmas de Gran Canaria), <http://www.canarias7.es/participacion/entrevista.cfm?Id=99>, consulta: 20 de septiembre de 2014.

comunitarios; y según el art. 71 del mismo cuerpo normativo, tienen como responsabilidad el respetar los derechos humanos, desarrollar el sentido crítico de los ciudadanos, promover su participación en los asuntos de interés general, acatar y promover la obediencia a la Constitución, a las leyes y a las decisiones legítimas de las autoridades públicas, promover espacios de encuentro y diálogo para la resolución de conflictos de interés colectivo, contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad, servir de canal para denunciar el abuso o uso ilegítimo que los funcionarios estatales o personas particulares hagan de los poderes públicos y privados; impedir la difusión de publicidad engañosa, discriminatoria, sexista, racista o que atente contra los derechos humanos de las personas, y fomentar el diálogo intercultural, la integración política, económica y cultural de los ciudadanos, pueblos, colectivos humanos y propender a la educomunicación.⁵¹¹

Los medios audiovisuales son aquellos a los cuales los receptores del mensaje pueden acceder por medio de los sentidos del oído y la vista, para lo cual se apoyan en dispositivos capaces de difundir sonidos e imágenes para transmitir la información, tal es el caso de la televisión y el cine.

Desde que la televisión irrumpa en la cultura, más o menos en los años de 1930 hasta nuestros días, sin lugar a dudas, constituye el medio de comunicación con mayor influencia en el planeta, debido a sus características de inmediatez informativa, utilización combinada de imágenes y sonido, interacción con la teleaudiencia, y su diversidad en la oferta de programación. Aún hoy en día, y a pesar de la existencia de otros medios de comunicación, la televisión mantiene su nivel de influencia global.⁵¹²

En cuanto al cine, existe cierto debate respecto de si es un medio de comunicación, una expresión artística, o un medio de entretenimiento con cierta trascendencia, sin embargo, e históricamente cuando el cine inicia, fue usado para transmitir mensajes informativos; de hecho, en Italia durante los tiempos del fascismo y en la Alemania Nazi fue un efectivo medio de propaganda, que utilizaron los gobiernos para promocionar cuestiones de interés de aquellos. Si bien al día de hoy, se ha generalizado la idea del cine como sinónimo de entrenamiento, historias de ficción y efectos especiales, no debemos descuidar su alcance y posibilidades para incidir en la generación de imaginarios sociales e incidir en la vida de nuestras sociedades.⁵¹³

511 La Ley Orgánica de Comunicación del Ecuador fue publicada en el RO 22 del 25 de junio del 2013. (Nota del autor)

512 Sobre este tema recomendamos la lectura del libro de Pierre Bourdieu, *Sobre la televisión* (Barcelona: Anagrama, 2005).

513 Amplia información en Teresa María Mayor Ferrándiz, "El cine nazi: judíos versus arios, estereotipos y películas", *Revista de claseshistoria*, n.º 256 (2011), <http://www.claseshistoria.com/revista/2011/articulos/mayor-cine-nazi.pdf>, consulta: 20 de septiembre de 2014.

Del mismo modo, otro medio de gran importancia en la historia de la humanidad ha sido la radio, que emplea un formato sonoro para transmitir la información y cuya importancia radica en la facilidad del proceso de producción, ya que sin necesitar de un gran equipo humano, los comunicadores radiales con escasos recursos logran salir al aire siendo tal vez uno de los medios más importante de difusión de pensamiento contra hegemónico por su bajos costes Actualmente, hay una fuerte tendencia a hacer radio web, utilizando internet mediante *streaming*, es decir una forma de distribución multimedia que funciona por medio de un búfer de datos, que no otra cosa sino un espacio de memoria.

En cuanto a los medios impresos, cuyo origen se encuentra en la invención de la imprenta, se refieren naturalmente a periódicos, revistas, folletos, boletines, panfletos y, en general, a todas las publicaciones impresas en papel que tengan como objetivo informar. En la hora presente se habla de una crisis de los medios impresos, debido a las características de otros medios como la propia televisión y más recientemente el internet, decimos que hoy vivimos en la sociedad de la información, y la forma de acceder a la información ha cambiado; sin embargo aún mantienen cierto prestigio los periódicos, pues los lectores, consideran que son capaces de transmitir una información más compleja y elaborada, y una mayor fiabilidad en cuanto a investigación y contenidos, favoreciendo la formación de la opinión pública.

Cabe señalar que para fines académicos o investigativos la ventaja de los medios impresos radica en que se puede volver a una publicación determinada las veces que sea necesario para analizarla, citarla compararla, o criticarla.

En cuanto a los medios digitales, actualmente se encuentran en plena expansión hacia todos los sectores de la sociedad, y entre otros son blogs, revistas virtuales, las versiones digitales y audiovisuales de los medios impresos, páginas web de divulgación y difusión artística, emisoras de radio virtuales, páginas de transmisión *on line* de películas, entre otros, con características que los hacen muy atractivos.

No podemos negar que existen medios de comunicación que están en manos de ciertos poderes que operan en el mundo, y transmiten valores que homogeneizan amenazando las identidades culturales, frente a otros medios de comunicación que realizan un trabajo alternativo y contrahegemónico.

Por otra parte existe el problema que al profundizarse la llamada brecha digital, también se ahonda la brecha cultural, en función de la ampliación de las asimetrías comunicacionales que separan de manera notoria

cada vez más a los países ricos de los pobres; en esta lógica, y para Ecuador, al igual que muchos países de América Latina, es indiscutible la posición hegemónica de los EE. UU.⁵¹⁴

En este escenario, el quehacer de cantautores, trovadores, bardos y cantaescritores, es difícil, pues desde los medios de comunicación se marcan unas tendencias específicas para hacer de la canción no una expresión artística, sino un producto comercial para las masas, y por consiguiente, el sonido y el mensaje superficial de entreteniendo, distracción y jovialidad, busca la satisfacción auditiva inmediata de un público acrítico, formado por oyentes adiestrados por los medios de comunicación.

Frente a esta situación, los creadores tratan de abrir otros caminos alternativos donde hay *otra vida cultural* con ideas, sueños, historias, sentimientos y detrás de aquellos seres humanos, y justamente uno de estos caminos es el que se mueven y transitan se mueven de cantautores, trovadores, bardos y cantaescritores alternativos a la cultura de masas alienante y *de moda* impuesta en la actualidad desde los poderes que controlan la cultura en los Estados, las industrias culturales, y los medios de comunicación.

La existencia de música con fines comerciales, en nada debería influir en la vida de otras expresiones artísticas, aunque fueran también musicales, de hecho siempre ha existido cierta separación entre una y otras además en principio no habría nada negativo en aquello; lamentablemente la práctica del capitalismo salvaje en la cultura, ha conducido a la mercantilización de estas expresiones del arte, y como consecuencia estas hayan degenerado en un banal negocio presentando las canciones con unos tintes de producto manufacturado, a través de diversas estrategias las imponen a personas disminuidas a la condición simple condición de consumidores.⁵¹⁵

514 "Nuestros procesos de evolución cultural sufren un persistente retraso histórico. A diferencia de otros países del llamado Primer Mundo, y dentro del generalizado menosprecio por la cultura en el que sucesivas minorías dominantes han mantenido a nuestro pueblo por generaciones y generaciones, es notorio que aquí se han marginado casi siempre de los dominios de la cultura a la ciencia y la técnica, considerándolas como "artes" utilitarias. Aunque nos parezca increíble, esta situación se mantiene entre ciertas clases dirigentes y otros referentes sociales. Atenuada, incluso camuflada, pero se mantiene", <http://dit.upm.es/~fsaez/OtrosArticulos/infotecnologiaBrechaculturalp.html>, consulta: 3 de julio de 2017.

515 "De esta manera, en un panorama musical cada vez más pervertido por la necesidad de hacer que la música rinda económicamente, las nuevas generaciones, que nacieron en los años noventa, en muchos casos sólo conocen la vertiente comercial de la música. La entienden sólo como producto, la compran troceada en piezas de 3 o 4 minutos desde su terminal de telefonía móvil, sin preocuparles quién la escribió, o qué le motivó a hacerlo. Ni siquiera se preocupan de qué canciones acompañaban al single dentro del álbum, porque el disco como concepto desapareció con el avance de Internet. Tarea de todos es hacer que el proceso se revierta en algún momento, para hacer que las generaciones que vienen entiendan la música primero como una forma artística de expresar emociones, y después, nunca antes, como un producto". Seijas Pablo, *La música comercial y la música no comercial*, <http://www.sineris.es/jcftinpan.html>, consulta: 3 de julio de 2017.

Canción de autor, libertad de creación y expresión artística e industria musical

La industria musical de consumo es un fenómeno que si bien está relacionado con la creación y expresión del arte es distinto y tiene su origen en la invención del gramófono, puesto que:

La aparición de una industria basada en una innovación capaz de hacer la reproducción del arte independiente del tiempo y el espacio es, como tal, una historia interesante. Sin embargo, no es posible derivar de la teórica brillantez de su historia anterior ningún tipo de receta de sostenibilidad para el futuro. El futuro de la industria discográfica (no de la creación artística) estará ligado a la habilidad de los directivos de las compañías implicadas para lograr una posición de sostenibilidad competitiva y ser capaces de dar origen a una generación de valor en el seno del nuevo entorno tecnológico, pero en modo alguno resulta coherente vincular dicho futuro al de la creación artística como tal. El arte seguirá existiendo aunque las industrias encargadas de distribuirlo en CD estén muertas y enterradas.⁵¹⁶

Muchos estudios de carácter económico sugieren que todavía la industria musical genera enormes cantidades de dinero, a pesar de los cambios tecnológicos que la están sacudiendo:

Mientras los principales agentes del entramado musical parecen estar aún más preocupados intentando asimilar el caos en el que se ha convertido su negocio que en encontrar posibles soluciones, cada día emergen compañías que han sabido interpretar la nueva realidad online y sacar el máximo provecho a la misma. Plataformas como Soundcloud a los cada vez más numerosos servicios de hosting se convierten en herramientas al servicio del usuario sin tener que pasar cuentas con nadie. La conclusión más positiva de ello es que nunca antes los artistas habían tenido tan en su mano convertirse en estrellas sin la necesidad de que las grandes compañías medien en ello, casos tan diversos como los de Justin Bieber, Taylor Swift u Odd Future son un buen ejemplo de ello. Pero si esto se convierte en la norma, será la sepultura definitiva del negocio musical tal y como se ha conocido hasta hoy. Y entonces solo quedará empezar de cero.⁵¹⁷

Esta información resulta útil para imaginar los intereses que existen detrás de esta actividad industrial, más que artística, por un momento reflexionemos lo que significa que en el año 2014, solamente los ingresos por derechos de comunicación pública a nivel mundial superaron el umbral de los USD 1000 millones en 2013. Los ingresos obtenidos por esta categoría

516 Enrique Dans, "Cambios en la industria musical, actualidad musical on line", http://profesores.ie.edu/enrique_dans/download/musica-pca.pdf, consulta: 14 de octubre de 2014.

517 Franc Sayol, "¿Dónde está hoy el dinero en la música? El desconcierto de la industria", http://www.playgroundmag.net/articulos/columnas/hoy-dinero-musica-desconcierto-industria_5_1042145780.html, consulta: 20 de junio de 2016.

—utilización de música grabada en los medios de comunicación y en los establecimientos comerciales— ascendieron a USD 1100 millones, tras aumentar un 19 % respecto del año anterior, y hoy día representan el 7 % de los ingresos totales de la industria.⁵¹⁸

Es conocido que en la actualidad los grandes grupos dedicados a la comunicación poseen varios medios tales como canales de televisión, emisoras radiales, prensa escrita y que el negocio de la música de consumo en aquellos medios es de capital importancia, y en este escenario, la televisión, siendo la reina de las industrias culturales, cumple un rol central, capaz de someter a su lógica el ejercicio del arte y la cultura, como es el caso de MTV, HTV, Zona Latina, VH1, etc.

Empero, la nueva lógica del mercado en la sociedad de la información hace que ya no se venda música, sino artistas, todo ello condicionado al consumo casi instantáneo, a la comercialidad sobre valorada, a las grandes campañas de *marketing* y, por supuesto, al olvido fácil y rápido de lo producido sin dejar lugar a lo duradero, con lo que se ha condenado a la canción a perder su contenido artístico para volverla un producto desechable.⁵¹⁹

En medio de estas contradicciones, los cantautores, trovadores, bardos y canta-escritores, y sus expresiones más artísticas que comerciales, tienen problemas para acceder a los medios de comunicación, a veces no cuentan con plataformas adecuadas para sostener su producción, que generalmente y salvo algunos casos es independiente, y entonces la canción de autor se atrinchera en la no industria musical.

En el caso ecuatoriano, las cosas son bastante especiales, pues es un país con profunda convicción artística desde tiempos inmemoriales, al punto que existen evidencias materiales en varios museos, que en estas tierras hace tres mil años se hizo música con instrumentos de viento fabricados con tibias humanas, y la llegada de los europeos posibilitó un sincretismo que enriqueció aún más el arte nacional.

En la hora presente, y en un país cuya economía depende de la producción de bienes primarios no existe una industria de la música en Ecuador, a diferencia de lo que aconteció en la segunda mitad del siglo XX, en que sí existió al menos una incipiente industria musical.

El primer inversionista ecuatoriano fue José Domingo Feraud Guzmán, quien ha pasado a la historia de la musicología nacional, por haber financiado una grabación del Dúo Ecuador, integrado por los

518 Información tomada de la edición 2014 del Anuario, "La industria discográfica en cifras", IFPI, <http://www.ifpi.org/>, consulta: 14 de octubre de 2014.

519 Sobre el tema recomendamos la lectura del libro: Jacques Attali, *Ruidos: Ensayos sobre la economía política de la música* (Ciudad de México: Siglo XXI, 1995).

reconocidos artistas Enrique Ibáñez Mora y Nicasio Safadi, en la ciudad de Nueva York. En el año de 1946, el guayaquileño, Luis Pino Yerovi, constituyó la primera empresa ecuatoriana vinculada con música, llamada justamente Industria Fonográfica Ecuatoriana S. A. IFESA.⁵²⁰ Feraud Guzmán constituiría al poco tiempo la empresa FEDISCOS, que permitió la consolidación de otras casas disqueras, tales como FADISA, FAMOSO, PSIQUEROS, entre otras.⁵²¹ Posteriormente arribarían también transnacionales como EMI, Sony, Warner-MTM, Universal, y con ellas aparecerían empresas editoras, encargadas de la administración y negociación de las composiciones y temas musicales. Para el año de 1973 se funda la primera sociedad de gestión colectiva de derechos, llamada Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador cuyas siglas son SAYCE, encargada de recaudar y repartir las regalías generadas por el uso de las obras de sus afiliados. En el mercado doméstico existieron varios almacenes, tiendas y distribuidoras de discos vinculadas con las empresas de producción de espectáculos. Este era, a breves rasgos, el escenario de la industria musical hasta el final del siglo XX.

Con los cambios sociales suscitados a partir de la caída del Muro de Berlín y la llegada avasallante del proceso de transnacionalización del capitalismo, la industria discográfica local mutó, y ya que seis grandes empresas dominaban aproximadamente el 80 % del mercado mundial de música, Sony, Polygram, Warner, BMG, Thorn, EMI y MCA y veinte empresas editoras manejaban una proporción similar, simplemente absorbieron a las empresas locales, todo ello por supuesto favorecido por las políticas estatales ecuatorianas que pretendieron fortalecer el modelo neoliberal a partir de 1992, bajo la presidencia de Sixto Durán-Ballén.⁵²²

Para los años 90 y con el apareamiento de los formatos digitales, concretamente el CD y el apareamiento de otros formatos digitales comprimidos, tales como el Mp3, la industria discográfica ecuatoriana, termina por colapsar, porque además por esa misma década el país enfrenta una gran crisis financiera que condujo a que en el año de 1999 ocurriera durante el Gobierno de Jamil Mahuad, un feriado bancario, el congelamiento de los depósitos de los ecuatorianos, y un salvataje bancario, que destruyó la economía nacional.

520 Industria Fonográfica Ecuatoriana S. A. (IFESA), con sede en Guayaquil, Ecuador.

521 Se recomienda la lectura del artículo, "La no industria musical en Ecuador: Hacia la recuperación de un paciente terminal", *Cartón Piedra*, <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/carton-piedra/1/la-no-industria-musical-en-ecuador-hacia-la-recuperacion-de-un-paciente-terminal>, consulta: el 20 de junio de 2016.

522 *Ibid.*

En estas adversas condiciones, la cultura como siempre fue la más afectada, y el CD y el DVD se volvieron artículos de lujo, lo que en contrapartida motivó el apareamiento del mercado informal de discos caseros, llamados en el argot popular *discos piratas*, actividad que permitió a muchas familias humildes enfrentar el día a día. Los comerciantes informales fueron capaces de ofrecer un producto alternativo con un valor casi veinte veces más barato que el valor del producto original, y entonces la población empobrecida, que no podía darse el lujo de pagar cantidades exageradas por un CD o un DVD, apoyó esta actividad declarada ilícita por la propia Ley de Propiedad Intelectual vigente, y por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), que en la práctica no pudo y hasta la actualidad no ha podido hacer nada al respecto. Lógicamente, las transnacionales empezaron a sufrir pérdidas en Ecuador, por lo que decidieron cerrar sus puertas.

El Ministerio de Cultura, a través de la Dirección de Emprendimientos e Industria Fonográfica, realizó un diagnóstico de las actividades de la industria del disco, cuyos resultados fueron que no existe ninguna empresa clasificada cuya actividad principal sea la música, y frente a ello más de 2200 tiendas informales de CD y DVD, 24 tiendas formales a nivel nacional, y alrededor de 7 700 000,00 dólares de evasión en el pago de regalías por derechos patrimoniales en CD, debido a la alta circulación de productos piratas.⁵²³

A esto hay que sumar la evasión que hacen los medios privados de comunicación por derechos de difusión, ya que según el mismo estudio, de 1170 radios y 515 canales a nivel nacional, apenas un 15 % pagan estas regalías, convirtiéndose los medios privados en los más notables violadores de los derechos de los autores y compositores.

Al no existir empresas, los músicos y más aún cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, buscan formas de autogestión para financiar sus trabajos, sin que pasen por los ilógicos filtros de estudios de mercado, tendencias, y modas, y entonces la difusión aparece como un severo problema, pues, por ejemplo, las radios, al ser la plataforma que podría ayudar a difundir la música, realizan condicionamientos como el que debe ser producida en Ecuador, basándose, como no podría ser de otra manera, en modelos extranjeros, de modo que hasta 2012 solo el 9 % de la rotación total en radios era de producción ecuatoriana, lo que se traduce económicamente a que solo el 27 % de las recaudaciones por derechos de autor se quede en el país, mientras que el 73 % va a los titulares de las producciones más promocionadas en radios que son justamente las transnacionales.⁵²⁴

523 Información disponible en el Ministerio de Cultura de Ecuador. (Nota del autor)

524 *Ibid.*

Por otro lado, la lógica arancelaria castiga despiadadamente a los creadores independientes, basta señalar que los instrumentos musicales, elementos insustituibles en la creación, están gravados con un 30 % de arancel, como si se trataran de artículos de lujo, de modo que él para trabajar con insumos de alta calidad debería tener elevados ingresos económicos para poder costear su trabajo.

En la programación de los medios de comunicación de Ecuador, predominan como expresiones más populares y más rentables la cumbia, la chicha y algo de pop en su mayoría, y con algunas excepciones con un bajo nivel de calidad en la producción, siendo mucho más preocupante la calidad de los valores, ideas y planteamientos estéticos que se transmiten.

Salvo contados espacios como el programa *Canciones imprescindibles*,⁵²⁵ transmitido por Radio Pública de Ecuador,⁵²⁶ y unos cuantos que no han logrado tener mayor trascendencia en la radio, los medios de comunicación en general han dado la espalda a la canción de autor en Ecuador, presentándola como una expresión marginal y minoritaria.

Las producciones de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos están dirigidas a un público muy específico interesado en escuchar otro tipo de música que no sea lo meramente comercial. En la década de los 80 las canciones pasaban de mano en mano en cassettes, y en los 90 en CD, y hoy gracias a la portabilidad en formatos digitales más avanzados; no obstante, el disco tal y como lo conocemos es un bien cultural que está desapareciendo.

Los programadores de espacios musicales en los medios, y burócratas atrincherados en las instituciones culturales públicas que no entienden la importancia de la libertad de creación y expresión artística, han condenado al anonimato a la canción de autor ecuatoriana que resiste en condiciones muy difíciles.

525 “Canciones imprescindibles se presenta como un espacio donde la música se convierte en una bandera que flamea por varios lugares geográficos e históricos; un transporte a través del tiempo, la imagen y el espacio. El programa recoge las canciones que han acompañado a los individuos y a los pueblos, que son parte de la historia latinoamericana. Autores como Jatari, Pueblo Nuevo, Mercedes Sosa, Víctor Jara, Inti Illimani, Los Illinizas, entre muchos otros tienen una cita con el público conocedor de lunes a jueves de 19:30 a 21:00. Hace varios años nació con el nombre de Canto latinoamericano, para Sandra Martínez, conductora del programa, la música es la compañera del hombre y de las colectividades, puesto que refleja las realidades en las que se ha gestado. La historia de la afición y la investigación de la música latinoamericana nació cuando Sandra era una niña, época en la que escuchó hablar por primera vez de Víctor Jara. Desde allí fue descubriendo a cantores que enriquecieron su oído musical y su curiosidad por la historia, <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/espectaculos/22/canciones-que-son-imprescindibles>, consulta: 7 de julio de 2017.

526 Radio Pública de Ecuador es una emisora de radio ecuatoriana propiedad del Estado a cargo de la Secretaría Nacional de Comunicación, que comenzó a funcionar el 18 de agosto de 2008. (Nota del autor)

La propuesta estética de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos reclama el mismo espacio que tienen otras expresiones para ampliar las posibilidades de crear y expresar arte, se trata de hacer un canto mejor, se trata de rescatar el carácter oral de la poesía, se trata de resistir para no convertirse en desaparecidos culturales.

En la última edición del encuentro de la canción poética ecuatoriana, realizada en el mes de septiembre de 2014, en la ciudad de Quito, no estuvo presente absolutamente ningún medio de comunicación ni ningún otro órgano de difusión nacional. En un país donde hemos reivindicado los derechos culturales, en el que hemos garantizado la libertad de creación y expresión artística, en el cual el arte es alimento fundamental del patrimonio cultural, que con la creación del Sistema Nacional de Cultura existe la posibilidad de orientar la cultura, y en el cual a través de la Ley de Comunicación se considera que se abren nuevas posibilidades para mejorar la condición de los artistas ecuatorianos, todo el talento, esfuerzo, y potencial de la canción de autor ecuatoriana, lamentablemente se está dejando morir; mientras los artistas poco a poco asumen con resignación que su trabajo no será escuchado y que al final, todo se reduce a un profundo compromiso personal con el arte.

En este tema se puede señalar que Ecuador siempre ha sido un espacio de convivencia humana que ha generado música, evidencias que aún existen en los museos nos muestran que la música ya era parte de la vida de los ancestros desde hace más de cuatro siglos.⁵²⁷

En Ecuador se puede decir que en la hora presente no existe industria musical, pues al revisar la página web del Servicio de Rentas Internas (SRI), no se encuentre ninguna empresa cuya actividad principal corresponda a la música; pese a ello en nuestro país existió, durante toda la segunda mitad del siglo XX, una industria más o menos estable, así pues varios musicólogos consultados para este estudio como Julio Bueno y José Marzumillaga, señalan que de la Industria Fonográfica Ecuatoriana S. A. (IFESA) salió la primera producción discográfica hecha en el país; un acetato de 78 revoluciones por minuto que en su cara A contenía el pasillo *En las lejanías*, de Rubira Infante y Wenceslao Pareja, y que al cabo de unos años Feraud Guzmán constituyó la empresa FEDISCOS, cuya consolidación dio paso a otras casas disqueras, tales como FADISA, FAMOSO, PSIQUEROS, entre

527 Según Gerardo Guevara considera que entre 500 años a. C. y 500 d. C. en el período de desarrollo regional, se habrían dado las condiciones para el apareamiento de la música ecuatoriana, llegando desde aquellos tiempos remotos hasta nosotros dos ritmos fundamentales: el danzante y el yumbo. Amplia información en Guevara Gerardo, *Historia de la música del Ecuador* (Quito: Ministerio de Educación y Cultura, 2002).

otras, a las que posteriormente se sumarían empresas transnacionales como EMI, Sony, Warner-MTM, Universal.

Las tecnologías emergentes que empiezan a dispararse a partir de los años 90 que propiciaron la comercialización del disco compacto o CD, sumado a la crisis financiera que vivió el país en esta misma década, y el incremento del mercado informal de música denominado coloquialmente como piratería, condujeron a la desaparición de la industria musical ecuatoriana.

En la actualidad lo que tenemos es artistas produciendo de manera independiente, y unos pocos locales de comercialización, lo cual al final ha terminado beneficiando a los empresarios de espectáculos, y precarizando el trabajo de los artistas.

“El año pasado, el Ministerio de Cultura, a través de la Dirección de Emprendimientos e Industria Fonográfica, llevó a cabo un diagnóstico de las actividades de la industria del disco. Las cifras y los resultados arrojados son claros: 0 empresas clasificadas cuya actividad principal sea la música. Más de 2.200 tiendas informales de CD y DVD vs. 24 tiendas formales a nivel nacional; y una industria que pierde anualmente cerca de USD 177'838.633,00 debido al gran tamaño del mercado informal; y alrededor de USD 7'700.000,00 de evasión en el pago de regalías por derechos patrimoniales en CD, debido a la alta circulación de piratería. Esto sin tomar en cuenta la evasión que hacen los medios privados de comunicación por derechos de difusión. De 1.170 radios y 515 canales a nivel nacional, apenas un 15 % paga estas regalías, convirtiéndose los medios privados en los más grandes piratas de cuello blanco”.⁵²⁸

Tras lo señalado se demuestra que en Ecuador, la industria musical prácticamente es inexistente, y en este dramático escenario la producción independiente de la canción de autor se ha vuelto un acto quijotesco, pues los cantautores no tienen ni posibilidades de difusión y peor aún mercado para su trabajo, y las obras poético musicales terminan siendo obsequiadas o subastadas a precios insignificantes, de modo que el quehacer de los cantautores nacionales no es más que una suerte de voluntariado por la cultura.

Libertad de creación y expresión artística, uso del espacio público y canción de autor

En principio diremos que el espacio público corresponde a aquel lugar, sitio y extensión de un núcleo urbano, en el cual las personas tienen derecho a permanecer, encontrarse y circular libremente como parte de su convivencia en sociedad, ya sean espacios abiertos como plazas, calles,

528 *Ibid.*

parques; o espacios cerrados: bibliotecas públicas, centros culturales públicos, centros comunitarios, etc.

El espacio público se expresa en ámbitos tales como el físico territorial, el social, el cultural, el político, el económico y el ambiental.

El concepto espacio público está directamente relacionado con el derecho a la ciudad, una reivindicación que desde los años de 1990 viene desarrollándose, y que según *La carta mundial por el derecho a la ciudad* planteada en el Seminario Mundial por el Derecho a la Ciudad Contra la Desigualdad y la Discriminación, realizado durante el II Foro Social Mundial en Porto Alegre, en enero de 2002.

Es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.⁵²⁹

Un elemento clave que se debe entender es que siendo la ciudad un producto cultural fruto de los complejos procesos de convivencia humana, constituye por su naturaleza un espacio de intercambios, en el cual coexiste la cultura, las formas de comunicación, los interrelacionamientos humanos, las identidades culturales, las costumbres, el comercio y el arte.

En términos generales entonces, la gobernanza democrática de una ciudad debería garantizar el ejercicio pleno de la ciudadanía en todas sus dimensiones, y por supuesto la ciudadanía cultural, reconociendo como la más alta expresión de dicho ejercicio a la libertad de creación y expresión artística, plenamente garantizada, tutelada y promovida en el espacio público colectivo.

Como no podría ser de otra forma, y reafirmando una vez más el carácter interdependiente de los derechos de las personas, el derecho a la ciudad está íntimamente vinculado con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.⁵³⁰

529 “Carta mundial por el derecho a la ciudad”, *Revista Paz y Conflictos*, n.º 5 (2012), http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3, consulta: 21 de junio de 2016.

530 Art. 15, párr. 1, lit. a), del PIDESC ampliamente desarrollado en la Observación General n.º 21 de la ONU. (Nota del autor)

La Observación General n.º 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1, lit. a), del PIDESC señala que para la plena realización del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, se requiere de algunos elementos fundamentales, como son en la *disponibilidad de bienes y servicios culturales* que todas las personas puedan disfrutar y aprovechar, para lo cual se requiere de infraestructura necesaria como bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y música, auditorios, etc. y el acceso democrático a esta infraestructura para el ejercicio de la literatura, el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones, pero además se refuerza este acceso a la cultura con la redefinición de aquellos espacios abiertos compartidos, como parques, plazas, avenidas y calles y dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales.⁵³¹

Del mismo modo, cuando la Observación General n.º 21 se refiere a la *accesibilidad* señala que todas las personas deben disponer de oportunidades efectivas y concretas para disfrutar plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, tanto en las zonas en las zonas urbanas como en las rurales, sin discriminación de ninguna naturaleza.

En el caso del ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, la gestión arbitraria y antidemocrática del espacio público, se convierte no solamente en un obstáculo para el ejercicio de esta libertad cultural, sino una evidente vulneración del mismo:

Las personas que participan en actividades creativas enfrentan múltiples dificultades, como, por ejemplo: a) la renuencia de la burocracia a autorizar el uso gratuito de los espacios públicos y la demora en hacerlo; b) la arbitrariedad en la concesión de permisos y la exigencia de obtener autorizaciones múltiples de diversas autoridades; c) la censura de los contenidos antes de conceder la autorización; d) sistemas inadecuados o abusivos de concesión de licencias a los artistas callejeros y a la actuación en vivo; y e) la invasión cada vez mayor del espacio público por la propiedad privada”.⁵³²

Efectivamente, el señalamiento de la Relatora de los Derechos Culturales, Farida Shaheed, evidencia que uno de los mecanismos más frecuentes para limitar y obstaculizar el derecho a la libertad de creación y expresión artística para los cantautores está comprometido con la tarea de darle a la canción el

531 Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Observación General n.º 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del PIDESC el texto íntegro puede leerse en www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc, consulta: 21 de junio de 2016.

532 Shaheed, “El derecho a la libertad”. (Nota del autor)

lugar que le corresponde en el arte,⁵³³ pues tratándose de una reivindicación tanto del carácter artístico de la canción cada cantautor, trovador, bardo o canta escritor con su trabajo busca la posibilidad de plantear a través de la poesía y el canto una forma de comunicación inteligente, ya que coincidiendo con el cantautor español Ismael Serrano, “[...] pienso que decir que se canta para cambiar el mundo es muy pretencioso, pero cantar sirve para crear puentes de diálogo, para que la gente se cuestione, reflexione y, sobre todo, sepa que no está sola”⁵³⁴ y esto generalmente resulta incómodo para el poder.

Para la cantora peruana Miryam Quiñones, en Latinoamérica en general, hace falta contar con más espacios adecuados para mostrar la propuesta de quienes hacen canción de autor, y se requiere además que se empiece a descentralizar la actividad, creando auditorios y salas culturales bien acondicionadas, con todo lo necesario para poder ofrecer un espectáculo de calidad.⁵³⁵

Por tanto debemos señalar que a más de la falta de espacios adecuados para el ejercicio artístico de creación y expresión de la canción de autor, se suman los obstáculos que impiden acceder al espacio público colectivo.

En Ecuador, y pese a la gran tradición artística que conjuga música popular con poesía, que viene desde la llamada época de oro del pasillo de principios del siglo XX y que constituye un género erigido en símbolo de la identidad cultural ecuatoriana, cuyos textos están completamente influenciados por la poesía modernista,⁵³⁶ el trabajo poético-musical de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, es muy poco apreciado, posiblemente por su carácter emancipatorio, su actitud crítica, sus textos reivindicativos, concienenciales y testimoniales, que en más de una ocasión se tornan incómodos para el poder, a ello obedece la infinidad de agresiones, censuras, obstáculos, e indiferencia concertada que enfrenta la canción de autor ecuatoriana.

Un ejemplo claro de las dificultades que enfrentan los cultores de la canción de autor en Ecuador, y que tiene que ver con el acceso a espacios

533 Luis Eduardo Aute, en una entrevista concedida a diario *El Universo* en Ecuador, y que fue publicada en su edición del viernes, 27 de septiembre de 2013 manifestó: “Yo creo que escribir una buena canción es más difícil que pintar un cuadro o escribir una buena novela. Tal vez exagero, pero no del todo. Una canción es algo que dura tres o cuatro minutos y ahí hay que contar algo que tenga interés, algo que llegue a conmovir, que haga reflexionar. La escritura tiene que ser buena, muy sintética, con desarrollo, nudo y desenlace en ese corto tiempo”. (Nota del autor)

534 Entrevista de Jorge Caballero a Ismael Serrano “El terrorismo es arma electoral de la derecha española: Serrano”, publicada en el periódico *La Jornada* de México en su edición del lunes 8 de marzo de 2004.

535 Escribano Pablo, *Entrevista a Myriam Quiñones, La República.pe/ Cultural*, <http://www.larepublica.pe/>, consulta: 15 de octubre de 2014.

536 Amplia información en Jorge Núñez, “Pasillo: Canción del desarraigo”, *Cultura 3*, n.º 7 (mayo-agosto de 1980): 7.

para difundir su propuesta artística, está vinculado que existe un circuito demasiado limitado para las personas que intentan presentar su trabajo con su propio nombre, de modo que si se trata de un cantautor, trovador, bardo o poeta escritor hay mayor dificultad de acceso al proscenio, pero, si se trata de un grupo de pop, rock, músicaailable u otro género se abren mayores y mejores oportunidades de acceso a la escena y, concomitantemente, la difusión entre el público es mayor, lo que evidencia que tratándose de la canción de autor, el acceso al espacio público se torna mucho más difícil que para otras expresiones artísticas.

Efectivamente, para políticos, empresarios, oligarcas y explotadores, es mucho mejor que la música no cuestione el *status quo*, que no se acerque a sus intereses, que no haga pensar a la gente, y por tanto, mientras más fatua es la canción en su propuesta, mejor recibida es, y en tanto más superficial es el contenido de una canción es mayor la garantía del ejercicio de su libertad de expresión.

Sobre el uso del espacio público qué puede hacer la canción de autor, son notables las experiencias en el mundo, en Valparaíso, Chile, por ejemplo, existe un encuentro anual llamado *La noche en los balcones*, que nace a partir de la figura poética de la serenata, este reúne a cantautores nacionales que comparten como escenario tres balcones de Plaza Aníbal Pinto, y van cantando sus canciones intercaladamente, acompañados de un instrumento.⁵³⁷

La Biblioteca Pública, también se ha convertido en un espacio para la difusión de la canción de autor, tal es el caso del evento organizado por la Consejería de Educación, Cultura y Mujer del Gobierno de la ciudad autónoma de Ceuta, que el 25 de junio de 2014 organizó un concierto bajo el título de *Poesía Cantada*, con el cantautor Ramón Tarrío, que se realizó en la terraza de la séptima planta de la Biblioteca Pública.⁵³⁸

En Cuba, el destacado trovador cubano Silvio Rodríguez realiza una gira por barrios populares en diferentes ciudades de la isla, periplo que inició en el año 2010 y aún continúa, se destaca que los conciertos del artista se presentan en las barriadas de las zonas con mayores problemas habitacionales y sociales.⁵³⁹

537 Amplia información sobre este festival puede leerse en la página web de la Dirección de turismo de la ilustre Municipalidad de Valparaíso, <http://www.ciudaddevalparaiso.cl/festivales.html>, consulta: 22 de junio de 2016.

538 "El cantautor Ramón Tarrío lleva su poesía cantada a la Biblioteca Pública", 24 de junio de 2014, *La Verdad de Ceuta*, <http://www.laverdaddeceuta.com/index.php/politica/43-cultura/22445-el-cantautor-ramon-tarrio-lleva-su-poesia-cantada-a-la-biblioteca-publica>, consulta: 22 de junio de 2016.

539 Iván Soca, "Silvio Rodríguez por los barrios: El 6 de enero en Santa Clara", 4 de enero de 2017, *Cubadebate*, <http://www.cubadebate.cu/etiqueta/silvio-rodriguez-por-los-barrios/>, consulta: 22 de junio de 2016.

Por otra parte, el artista Manuel García, en la estación Baquedano de la Línea 1 del Metro de Santiago en Chile, exhibió su disco *Retrato Iluminado* frente a un público de más de 500 personas, ofreciendo más de una hora de canciones en plena estación.⁵⁴⁰

En España, Nacho Vegas en 2011 presentó *La vida es dulce*, como un homenaje musical al director de cine de Mike Leigh, un montaje centrado en la interacción entre la música del cantautor con escenas y diálogos de distintas películas, en varios cines.⁵⁴¹

Las experiencias señaladas en párrafos anteriores demuestran el profundo contenido humanista y cultural que posee la canción de autor, y el aporte cultural que hace, cuando se permite su realización en libertad, y con en condiciones adecuadas; experiencias que contrastan con lo que ocurre en Ecuador, donde hemos quedado atrapados en la imagen del cantor protesta de los años 60, y asociamos a la canción de autor con la moda de un romanticismo de izquierda ensombrecido por el paso del tiempo.

Un estudio realizado por el investigador Jacob Jolij, de la Universidad de Groningen, en Holanda, sugiere que la música realmente puede definir la manera en la que se percibe una realidad específica,⁵⁴² y por consiguiente, influye en la forma en que se comprende el mundo, entonces una expresión que integra música con poesía, puede constituir una amenaza para ciertos poderes a quienes les conviene que las personas sean conformistas, acríicas, e indiferentes, y por supuesto, pueblos dormidos, sometidos y resignados.

Por esta razón, la respuesta política del poder ha sido la de dar la espalda a una expresión artística emancipadora que provoca que la gente empiece a pensar, y más bien se ha implementado como estrategia el propagar la percepción de que se trata de algo que pasó, que ya no está presente, que es un recuerdo; y de este modo se justifican los diversos obstáculos que implementan para que la canción de autor llegue con mayor fluidez a los escenarios.

Otra estrategia del poder ha sido fomentar la idea que la canción de autor que merece ser escuchada es la que presentan artistas extranjeros, ya que eso nos hace creer que en el país no existen luchas sociales, reivindicaciones

540 Manuel García presenta «Retrato Iluminado», su nuevo disco, en el metro de Santiago, <http://www.cancioneros.com/co/6431/2/manuel-garcia-presenta-retrato-iluminado-su-nuevo-disco-en-el-metro-de-santiago>, consulta: 22 de junio de 2016.

541 “Nacho Vegas homenajea al cineasta Mike Leigh con el espectáculo ‘La vida es dulce’”, *20 Minutos*, <http://www.20minutos.es/noticia/1764343/0/nacho-vegas/homenaje/mike-leigh/>, consulta: 22 de junio de 2016, <http://www.20minutos.es/noticia/1764343/0/nacho-vegas/homenaje/mike-leigh/#xtor=AD-15&xts=467263>.

542 Meurs M. Jolij J. “Music Alters Visual Perception”. *Holanda, PLoS ONE* 6(4): e18861. DOI: 10.1371/journal.pone.001886, 2011.

colectivas, contradicciones, injusticias, ni grandes ideales y la presencia de cantautores trovadores, bardos y canta escritores de otros lugares del mundo se reduce a un espectáculo más, y en algunos casos hasta se faranduliza su paso porescenarios ecuatorianos.

En esta parte, no podemos dejar de señalar que es más fácil para un artista del extranjero lograr mayor apoyo y acceso a los espacios culturales que uno nacional, el cual siempre es subvalorado y despreciado, al extremo que los cantautores únicamente aspiran a ser teloneros y su trabajo cumple con el anodino objetivo de preparar a los asistentes para ser más receptivos con el artista principal.

En el fondo, lo que ocurre es que el poder reacciona frente a una expresión artística crítica que lo confronta, y hace lo posible por romper el vínculo del cantautor con su pueblo, con su gente, con su realidad, para que no pueda llegar a constituirse en una voz que desde lo cotidiano se constituya en un espejo de lo que está pasando en la sociedad.

Los obstáculos para acceder al espacio público, al igual que las dificultades para llegar a medios masivos de comunicación, o los problemas de difusión, son decisiones y políticas direccionadas desde el poder.

Todo impedimento, obstáculo o dificultad de acceso al espacio público, constituyen formas de vulneración a la libertad de creación y expresión artística de los cultores de esta forma de hacer arte que es la canción de autor.

Comitadamente y como se ha señalado en párrafos anteriores, tomando en cuenta los parámetros del informe sobre el tema preparado en 2013 por la Relatora Especial de los Derechos Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, los mecanismos empleados para coartar el acceso al espacio público que lesionan la libertad de creación y expresión artística principalmente son:

En primer lugar, la renuencia de la burocracia a permitir el uso gratuito de los espacios públicos, generalmente en las ciudades más grandes y organizadas en Ecuador, tales como Quito, Guayaquil y Cuenca, el uso de espacios públicos está regulado a través de ordenanzas, empero en otras localidades las decisiones quedan sujetas a la discrecionalidad de las autoridades de turno o de los mandos medios, y entonces el acceso al espacio público se convierte ya no en un derecho que puede ejercer un artista, sino en una concesión otorgada con el poder, a cambio de sumisión, gratitud, lealtad y complacencia.

En el caso de las ordenanzas, siendo normas que limitan el uso del acceso público, no pueden dejar de tomar en cuenta la dimensión cultural de la ciudad y el pleno ejercicio de los derechos culturales en especial dos de ellos como son el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad,

y naturalmente el derecho a la libertad de creación y expresión artística, para no hacer especialmente de los espacios culturales, pretextos para que quienes hacen arte sean sometidos a sistemas de control de sus expresiones creativas, limitados en la posibilidad de hacer conocer su trabajo artístico, o simplemente por cuestiones de diversa naturaleza ser impedidos de acceder al espacio cultural colectivo. Por esta razón las normas de regulación del espacio público deben ser debidamente construidas y si es posible se debe hacerlas como la participación democrática de la ciudadanía.

En segundo lugar, la arbitrariedad en la concesión de permisos y la obtención de múltiples autorizaciones de diversas agencias u oficinas públicas, ya que uno de los obstáculos más frecuentes para quienes desean presentar su trabajo en el espacio público constituye la maraña de trámites burocráticos, que desestimulan el ejercicio del arte, y que finalmente va a significar un beneficio para la sociedad en su conjunto.

Si bien existen espectáculos que pueden causar algún tipo de impacto, o inclusive requerirse medidas puntuales de seguridad, en términos generales la actuación de un cantautor, trovador, bardo, o canta escritor es bastante sencilla, pudiendo en muchos casos llegar a reducirse a la presencia del artista con sus textos, una guitarra y un sistema de amplificación convencional.

En estos casos hacer de la obtención de un permiso un vía crucis, para quedar en manos de la arbitraria voluntad de un burócrata, que posiblemente ni siquiera conoce o entiende, el planteamiento ético, estético y concienzudo de la canción de autor, lo cual a más de incomodo está sujeto a un resultado incierto, pues si el servidor administrativo considera pertinente se otorga el permiso, y si no es así, simplemente niega el permiso sin tomar en consideración si aquello está vulnerando el derecho del artista a expresar la obra fruto de su creación.

En tercer lugar, la censura de los contenidos antes de conceder la autorización, de modo que el artista o creador debe tener una actitud sumisa ante quien administra fondos, recursos, o espacios públicos, y censurar su trabajo para no incomodar al poder, caso contrario es objeto de retaliaciones, que a la larga constituyen una vulneración de la libertad de creación y expresión artística, pues lamentablemente en el orden social en que vivimos el artista necesita de permisos, autorizaciones, y concesiones, siempre sujetas al modo como se comporte el artista, creador o intelectual, y si el proceder no se ajusta a lo esperado, inmediatamente viene la represalia, y en caso de reincidencia la exclusión que amenaza a convertir al artista, creador o intelectual en un *desaparecido cultural*.

En este caso, en particular, vemos como la libertad de creación y expresión artística, no puede ser ejercida libremente, pues al contrario de lo

que dice la teoría de los derechos, en la práctica siempre está constreñida por quien ejerce el poder, además la relación entre el artista y quien posee la capacidad de decisión, consiste un claro caso de *heteronomía*,⁵⁴³ pues el artista debe doblegarse ante ciertas exigencias, que sin más terminan por restringir y coartar la referida libertad cultural.

En cuarto lugar, los sistemas inadecuados o abusivos para la actuación en vivo, puesto que en la actualidad, la presencia del artista en los escenarios es de capital importancia, y en caso puntual de los cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, ante la crisis mundial en la comercialización de la música en formatos como el CD, se impone como aspecto central para la realización de su actividad cultural.

Parecería que casos de censura de actuaciones en vivo vinculadas a la canción de autor son cosas del pasado, pero en Europa y durante la realización de la presente investigación, ocurrieron dos que pudimos recoger: el primero, acaecido el año 2011, la Agrupación Universitaria Carlos Marx de la Universidad Carlos III denunció que este centro de estudios superiores, prohibió un recital de cantautores, organizado como homenajea José Antonio Labordeta, y enmarcado en la fiesta de la primavera que tiene lugar cada año.⁵⁴⁴ Es necesario resaltar que José Antonio Labordeta (1935-2010) fue uno de las más reconocidos exponentes de la canción de autor española, escritor sobresaliente, reconocido articulista, docente y activista político que llegó a ser diputado en el Congreso por la Chunta Aragonesista en las legislaturas VII y VIII, y que falleció en septiembre de año 2010.⁵⁴⁵

Resultó desagradable que una Universidad impidiese la actuación de cantautores frente a la cafetería del campus de Humanidades, como Marwan, Lucas, Luis Ramiro y Orhis Pineda, entre otros, cuya presencia artística convocada por una agrupación universitaria tenía como objetivo honrar el recuerdo de otro cantautor, considerado una figura cultural sobresaliente.⁵⁴⁶

543 Según el *Diccionario de la lengua española*, *heteronomía* significa: condición de la voluntad que se rige por imperativos que están fuera de ella misma; se trata de un vocablo que quiere decir dependiente de otro, lo que hace suponer que cuando hablamos de *heteronomía* nos referimos al hecho de que la conducta de un individuo no está controlada por su propia conciencia sino por algo exterior a esta, lo que hace que el sujeto en cuestión renuncie a su auto-determinación, razón por la cual Kant formuló este concepto como antagónico al de autonomía. (Nota del autor)

544 Esta noticia puede leerse en Censura a Labordeta en la Universidad Carlos III de Madrid, <http://www.tercerainformacion.es/antigua/spip.php?article24708>, consulta: 21 de junio de 2016.

545 Fallece José Antonio Labordeta, publicado en el periódico de Aragón http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/fallece-jose-antonio-labordeta_610841.html, consulta: 23 de junio de 2016.

546 Censura a Labordeta en la Universidad Carlos III de Madrid, publicado en tercera información, <http://www.tercerainformacion.es/antigua/spip.php?article24708>, consulta: 23 de junio de 2016.

Otro caso paradigmático fue la cancelación del concierto del cantautor español Albert Pla, en Gijón, el mes de octubre de 2013, luego de haber realizado declaraciones al diario asturiano *La Nueva España*, en las que afirmó: “a mí siempre me ha dado asco ser español, como espero que a todo el mundo. Me gustaría que los catalanes fuéramos independientes y que en Gijón se estudiara el catalán por cojones, igual que nos pasa a nosotros ahora”,⁵⁴⁷ el impedimento para la actuación en vivo fue impuesto por el concejal del Partido Popular, Francisco Cubiella, quien pidió la cancelación del acto en el Teatro Jovellanos de Gijón, un espacio cultural de titularidad municipal.⁵⁴⁸

El periodista Miguel Muñoz Ortega, al reflexionar sobre este caso, comenta: “Si el decir “a mí siempre me ha dado asco ser español” en un momento en el que las banderas están en todo lo alto puede hacer cancelar un contrato a un artista, el listón está muy bajo. Luego, salen militares en televisiones (privadas sí, pero con una concesión de licencia que hace el Estado) llamando a la defensa armada de Cataluña y no veo a nadie cancelar la emisión”.⁵⁴⁹

En los casos narrados anteriormente, observamos por un lado el ímpetu para impedir el acceso a un espacio público por parte de quienes administran el sistema de un modo inadecuado y abusivo, y por otro, la actitud extremadamente condescendiente de los artistas afectados, quienes deciden simplemente que los vulneradores de derechos se salgan con la suya, y como mucho el tema llega a los medios de comunicación, y después no pasa absolutamente nada.

La conculcación de los derechos y libertades culturales, es trivializada intencionalmente para seguir afectando la dignidad del artista o del creador, y aunque se recurre al viejo argumento que finalmente la afectación del artista puede repercutir en un mayor rédito en favor de su popularidad, en el deber ser de la garantía de los derechos, nunca jamás deberían darse situaciones de esta naturaleza. Parecería que se considera algo absolutamente normal, corriente y asocialmente aceptable que se pisotee la dignidad de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, de tal modo que el contenido reflexivo, crítico, o político de la canción de autor sitúa a los cultores de este género en una situación de mayor vulnerabilidad.

547 La entrevista completa puede leerse en la versión digital en *La Nueva España*, <http://www.lne.es/gijon/2013/10/16/dado-asco-espanol-espero-mundo/1484451.html>, consulta: 21 de octubre de 2014.

548 La ultraderecha llama a boicotear el concierto de Albert Pla en Madrid, publicado en lamarea.com <http://www.lamarea.com/2014/01/20/albert-pla/>, consulta: 23 de junio de 2016.

549 Miguel Muñoz Ortega, “La provocación como método (sobre Albert Pla)”, *Periodismo de ida y vuelta*, 17 de octubre de 2013, <http://periodismodeidayvuelta.wordpress.com/2013/10/17/la-provocacion-como-metodo-sobre-albert-pla/>, consulta: 21 de octubre de 2014.

En quinto lugar, la invasión cada vez mayor del espacio público por la propiedad privada o manejo del dicho espacio público como si fuera privado a través de prácticas despóticas y abusivas, pues como hemos visto, a través de este tema si bien se reconoce la dimensión cultural del espacio público, creemos que el llamado espacio público no se refiere solamente a calles y plazas, existen también unos espacios que son administrados por el Estado y que fueron diseñados con fines estrictamente culturales, sin por ello desconocer las infinitas posibilidades que el espacio público en general brinda a la cultura y más específicamente al arte; sin embargo es justamente en estos espacios culturales en los cuales la situación se vuelve más compleja, pues se trata de lugares de intercambio del pensamiento y la sensibilidad, sitios donde se intenta interpretar la realidad y la imaginación, oportunidades para afinar nuestras percepciones sobre como es el mundo; por consiguiente los espacios culturales son las zonas de humanización de la convivencia humana y por tanto deberían tener un tratamiento especial, capaz de garantizar los derechos y libertades culturales, y muy especialmente, la libertad de creación y expresión artística.

En la práctica, estos espacios son manejados por los burócratas del sector cultura como si fueran de su absoluta propiedad, pero esto no es casual, se trata de una verdadera apropiación de un patrimonio de todos, cuyo punto de partida no está en la voluntad arbitraria del funcionario de turno, sino en el modelo de gestión adoptado y la definición políticas culturales como parte de una agenda totalmente política diseñada desde quienes ejercen el poder, y que posibilita el adueñamiento ilegítimo del espacio público, y el encubrimiento de esta práctica por medio de instructivos, reglamentos, calendarios, convocatorias, y cumplimientos de requisitos que lo único que hacen es revestir con un ropaje de aparente legalidad, demagógicamente presentada a la opinión pública como gestión cultural técnicamente orientada desde una institución pública.

Al final da lo mismo gestionar un espacio privado o público, porque ambos tienen un patrón que condiciona, permite o restringe el acceso al espacio público; por tanto no solamente hay apropiación del espacio público cultural cuando la administración de este se delega o transfiere a un ente del sector privado, sino también cuando a pesar de ser un espacio administrado por una agencia pública del Estado, este se maneja discrecional o arbitrariamente como si se tratase de propiedad privada.

Frente a estos manejos inusuales del espacio público, que son frecuentes y que conculcan derechos, la Constitución ecuatoriana posee preceptos normativos que garantizan el derecho de acceso al espacio público y a los

espacios públicos culturales⁵⁵⁰, tal es el caso del art. 23, que manifiesta que todas las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad, y que el derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales habrá de ejercerse sin más limitaciones que las que establezca la ley y con sujeción a los principios constitucionales.

En este precepto encontramos la conjunción de dos derechos constitucionales de carácter cultural: el derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de intercambio cultural. Y el derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales, sin más limitaciones que las que establezca la ley.

En el primer derecho, con meridiana claridad, se hace referencia al espacio público como lugar de intercambio cultural, reconocimiento de un derecho que tiene concordancia con un principio planteado desde la Agenda 21 de la cultura, desde el año 2004: "Las ciudades y los espacios locales son un marco privilegiado de la elaboración cultural en constante evolución y constituyen los ámbitos de la diversidad creativa, donde la perspectiva del encuentro de todo aquello que es diferente y distinto (procedencias, visiones, edades, géneros, etnias y clases sociales) hace posible el desarrollo humano integral".⁵⁵¹

La referida norma consagra que el derecho a difundir en el espacio público las expresiones culturales únicamente puede ser limitado por una ley, y no por otra norma de inferior jerarquía, tal es el caso de un reglamento o de una ordenanza; por tanto debería ser únicamente la Ley de Cultura, la que determine los límites al derecho de difundir expresiones culturales en el espacio público, y que en el proyecto que se encuentra en la Asamblea Nacional no han sido señalados.

Otro precepto constitucional importancia para nuestro análisis es el siguiente:

Artículo 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de

550 "Apropiarse de un espacio físico y virtual no significa solo hacer presencia. Como explica Judith Butler, ante la creciente regulación del espacio y la expansión de la lógica de mercado, la apropiación del espacio público implica una demanda de ser reconocidos y valorados, de ejercer el derecho a estar, de ejercer la libertad".

551 Ver texto completo de la Agenda 21 de la cultura, 31 de enero de 2008, <http://www.agenda21culture.net/index.php/es/docman/agenda21/222-ag21es/file>, consulta: 22 de octubre de 2014.

esta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

El artículo antes señalado, destaca que el derecho al disfrute pleno de la ciudad, está ligado al disfrute de sus espacios públicos, y que dicho ejercicio se basa en la gestión democrática y el ejercicio pleno de la ciudadanía, debiendo acotar nosotros que no se trata solamente de la ciudadanía civil, política o social, sino también de una ciudadanía cultural, “que hace visibles olvidos y exclusiones de las otras ciudadanía reconfigurando esta desde diásporas, migraciones y sincretismos culturales”.⁵⁵²

Asimismo, no podemos dejar de señalar que según el art. 380 serán responsabilidades del Estado, el asegurar que los circuitos de distribución, exhibición pública y difusión masiva no condicionen ni restrinjan la independencia de los creadores, ni el acceso del público a la creación cultural y artística nacional independiente, garantizar la diversidad en la oferta cultural y promover la producción nacional de bienes culturales, así como su difusión masiva.

Cuando la Constitución utiliza la frase *responsabilidades del Estado*, quiere decir que se trata de obligaciones, que de ser inobservadas o incumplidas obligarían al Estado a impulsar medidas de reparación en favor de los perjudicados. Debemos además anotar que se tratan indiscutiblemente de obligaciones de hacer efectivo para la plena realización de los derechos y libertades culturales.

En la praxis cotidiana, son los gobiernos autónomos descentralizados y las propias instituciones públicas, las que dictan las normas, políticas y directrices que se imponen en cuanto al acceso del espacio público, y los principios constitucionales quedan como letra muerta.

Existe pues una tensión entre los derechos de las personas, frente a las facultades de autoridades y burócratas, que generalmente se resuelve vulnerando los derechos y libertades de creadores y artistas, ante la inactividad del sistema de protección de derechos, la apatía social, y la transigencia de los perjudicados, lo cual sin lugar a dudas constituye una de los principales nudos problemáticos relacionados con el ejercicio del derecho a crear y expresar arte en libertad.

552 Marta Herrera y Diego Muñoz, “¿Qué es la ciudadanía juvenil?”, *Acciones e Investigaciones Sociales* (2008).

La garantía de acceso al financiamiento público y su relación con la libertad de creación y expresión artística en la esfera de la canción de autor

El financiamiento del arte y de la cultura se ha intentado solucionar por medio de distintos mecanismos, ya sean fuentes de recursos particulares como donaciones, compra y venta de obras, comercialización de entradas a espectáculos, etc., a través de recursos institucionales como los auspicios directos, los fondos concursables, o el financiamiento de eventos, proyectos e iniciativas culturales, y que pueden provenir de organismos del Estado, corporaciones, o tratarse de recursos mixtos.

La reflexión sobre la eficacia y efectividad de las políticas culturales, plantean la necesidad de analizar los fundamentos de la economía de la cultura relacionados con la función económica de la cultura, el rol del Estado, los agudos y permanentes problemas en su financiamiento, que son asuntos que han sido debidamente clarificados.⁵⁵³

En la Primera Conferencia Intergubernamental sobre los aspectos Institucionales, Administrativos y Financieros de las Políticas Culturales realizada en Venecia del 24 de agosto a 2 de septiembre de 1970, se hizo un llamado para incrementar los presupuestos de las Estados nacionales en función de las necesidades culturales y los estímulos fiscales para las inversiones culturales, y del mismo modo la Conferencia sobre Políticas Culturales en América y el Caribe, celebrada en Bogotá Colombia en el año de 1978, en sus recomendaciones puso énfasis al financiamiento del desarrollo cultural nacional, destacando como medida urgente la creación de fondos nacionales de apoyo y fomento cultural y artístico. La conferencia Mundial sobre Políticas Culturales realizada en México en el año de 1982, llegó a recomendar el establecimiento de un porcentaje fijo anual para el financiamiento de la cultura en los presupuestos estatales.⁵⁵⁴

En la hora presente, y desde la perspectiva de la economía de la cultura, creemos que el tema del financiamiento necesariamente debe interrelacionarse con cuestiones, tales como la formación de públicos, la clara diferenciación entre arte y entretenimiento, la oferta cultural, el papel de

553 La economía de la cultura es una área de estudio más o menos reciente, posiblemente el punto de partida lo podemos encontrar en el libro *Performing Arts: The Economic Dilemma* del año 1966, en él los autores, Baumol y Bowen, pusieron en evidencia un dilema económico que posteriormente fue denominada *enfermedad de los costos*, y que llevó a una prescripción de política: el Estado debe subsidiar las actividades artísticas y en general culturales (Nota del autor).

554 Amplia información en el sitio web de la Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura, http://www.oei.es/cultura/politicas_culturales.htm, consulta: 23 de junio de 2016.

las industrias culturales, la influencia de los mercados, y la información cultural, entre otras cuestiones.

En Ecuador, la cultura y las artes tienen menor prioridad en la jerarquía de los otros sectores, como la educación, la salud, la administración de justicia y la vialidad, de modo que parece que los principios básicos de economía de la cultura están ausentes. Se nota desinterés en el tema del financiamiento cultural, y una evidente renuencia a debatir sobre quién debe pagar al final la cuenta de la subvención del arte y la cultura.

Parecería que no se está considerando el financiamiento de la cultura como parte integral de las políticas públicas que según la Constitución ecuatoriana, constituyen garantías para la realización de los derechos, pues según el art. 85, num. 3, el Estado debería garantizar la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas, lo que significa que se trata de un proceso complejo que incluye temas como relaciones, mercados, incentivos, subsidios, partidas presupuestarias, exenciones fiscales, impuestos, fondos, iniciativas de mecenazgo, gestión de la cooperación internacional, acceso al financiamiento público, etc.

En cuanto al cambio de la matriz productiva que plantea el gobierno, hay que tomar conciencia que la cultura no es un gasto inútil, sino una inversión capaz de retribuir beneficios al generar un notable impulso para la economía nacional, así pues:

En Ecuador, las cifras económicas sobre arte y cultura se encuentran aún en procesos de levantamiento y construcción. El mismo texto del BID, coincidiendo con estudios previos del Ministerio de Cultura y Patrimonio, señala que la contribución de las actividades culturales y artísticas (audiovisual, musical y fonográfico, editorial, espectáculos y un porcentaje menor de otras actividades) al PIB de nuestro país es de 1,8 %. Nada mal considerando que el aporte al PIB de ramas petroleras fue de 12,91 % para 2011 (BCE). Información del Ministerio de Cultura y Patrimonio, Banco Central e INEC (Censo Económico 2010), señala además, que las industrias culturales de Ecuador generaron USD 2'777.070 y 46.162 puestos de trabajo declarados en 2009.⁵⁵⁵

Con ello Ecuador, como parte de su cambio de matriz productiva, debería volver los ojos hacia la cultura, y abrir un debate sobre la economía de la cultura en el país, acompañado de la posibilidad de impulsar una economía naranja o creativa.⁵⁵⁶

555 Gabriela Montalvo, "Economía y cultura, industrias culturales y matriz productiva", *El Telégrafo*, en su Edición del 12 de mayo de 2014.

556 La economía naranja, "Es el conjunto de actividades que, de manera encadenada, permiten que las ideas se transformen en bienes y servicios culturales, cuyo valor está determinado por su contenido de propiedad intelectual más que por su valor de uso. ¿Por qué naranja? Se suele asociar con la cultura y la creatividad. Desde los jeroglíficos del Egipto antiguo hasta las celebraciones modernas del Halloween, el color naranja se relaciona con los rituales

La economía naranja se traduce de manera práctica en el dinero que producen directa e indirectamente las actividades culturales y, artísticas basadas en la creatividad, lo que significa que se puede generar recursos asegurando más y mejor cultura a la sociedad, por tanto el acceso al financiamiento de la cultura y las artes no es un tema de gasto sino de generación de riqueza.

Para que despegue este modelo de economía naranja se requiere de un aporte significativo desde el sector estatal, pues:

El desarrollo de la oferta cultural necesita un gran esfuerzo de la inversión pública en este campo. Por ello, sigue teniendo todo el sentido el acuerdo de la X Conferencia Iberoamericana de Cultura (Valparaíso, Chile 2007) de destinar de forma progresiva al fomento de la cultura un mínimo del 1 % del presupuesto general de cada Estado. Cómo se muestra en otro estudio realizado por la OEI en colaboración con CEPAL cinco años después de este acuerdo, estamos muy lejos de haber conseguido este objetivo. La mayoría de los países se encuentran por debajo del 0,5 % y solo dos países: Portugal con el 1,21 % y Cuba con el 1,04 % superan el 1 % del gasto público.⁵⁵⁷

En el país la información pública sobre el manejo de los recursos es limitada, y resulta preocupante que muchas veces se torne en una forma de manipular los incentivos a la creación artística, que curiosamente es el fundamento de la economía naranja, en momentos en que en empezamos a hablar de un cambio de la matriz productiva, y aún más:

El cambio en la matriz productiva no es viable sin una activa transformación de la matriz cultural, que pasa por problematizar lo siguiente: ¿Cómo estamos pensando el fortalecimiento de una política pública en cultura que responda a su ausencia histórica? ¿Cómo esa política puede aportar para enfrentar las coersiones mercantilistas y uniformes del arte y la cultura? ¿Cuáles podrían ser las articulaciones de las políticas productivas con el desarrollo de nuestras industrias culturales? ¿Cuáles son las formulaciones para la identidad colectiva que recuperan nuestras políticas culturales? ¿Esas políticas tienen presente la relación Estado-nación y sus implicaciones en la formación social de nuestro país? ¿Cuáles son las políticas y estrategias previstas para la construcción conjunta de unidades económico-culturales? ¿Cómo están pensando SENPLADES y las instituciones correspondientes la posibilidad de crear las condiciones necesarias para que la producción de los artistas ecuatorianos pueda constituirse en industrias culturales? ¿Cuáles son las estrategias y objetivos destinados a la proyección de la cultura como agente económico en el socialismo del buen vivir?⁵⁵⁸

y eventos culturales, artísticos y religiosos. Algunas culturas también lo relacionan con el liderazgo, la creatividad y el bien social". Amplia información en Buitriago Restrepo y Duque, *Economía Naranja*, "Economía naranja. Preguntas y respuestas, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38197060>, consulta: 23 de octubre de 2014.

557 Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura, *Encuesta latinoamericana de hábitos y prácticas culturales 2013* (Madrid: Liagráfica, 2014), 164.

558 Paúl Córdova Vinuesa, "Agustín Cueva: El cambio en la matriz cultural", *Rebelión*, 4 de mayo de 2013, <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167635>, consulta: 28 de octubre de 2014.

La falta de claridad en el rol de la creación artística y en general de la cultura y las artes redundan en dificultades en cuanto al derecho de acceso al financiamiento público, mucho más tratándose de una expresión emancipadora y de contenido como la canción de autor; a pesar de ello, no está totalmente invisibilizada, pues si revisamos los fondos concursales para producciones fonográficas, convocados por el Ministerio de Cultura de Ecuador, sí se contempla la categoría *trova o canción de autor* a la que se puede acceder por un monto de USD 2500,00, debiendo aclararse que se trata de un aporte otorgado a un solo creador y que el monto a recibir se lo entrega de esta forma: 71 % luego de la suscripción del convenio y 30 % luego de la entrega del máster.⁵⁵⁹

En la práctica solamente la producción de un CD puede alcanzar valores superiores a los USD 6000,00 sin contar con masterización, artes, y el proceso de multicopiado, es decir que una producción modesta de un tiraje pequeño llegará a costar entre USD 8 000,00 a USD 10 000,00, lo que significa que el aporte de los fondos concursables es irrisorio, está dirigido un solo trabajo y deja al margen a otras propuestas, generalmente por afectos, amistades, compromisos partidistas, u otras cuestiones que finalmente no hacen de los fondos concursables una política de estímulo de la libre creación artística, sino un mecanismo de premio o castigo, una política cultural extremadamente restrictiva que termina generando exclusión y una discrecional entrega de recursos, haciendo del financiamiento público o un privilegio o una lotería.

En cuanto al monto del aporte estatal, resulta exiguo para la producción de un CD, y sin embargo según las bases de los fondos concursables, con el pago de los USD 2500 el Ministerio de Cultura y Patrimonio compra los derechos de reproducción y distribución del álbum, perjudicando completamente al creador, y prácticamente haciendo que el Estado se beneficie de su creatividad.⁵⁶⁰

Por las razones antes expuestas consideramos que el acceso al financiamiento público no está garantizado, y justamente este constituye uno de los principales obstáculos para el pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística, pues en Ecuador, la obra de un creador en el ámbito de la canción de autor necesita recursos considerables para autofinanciar su trabajo o las influencias adecuadas para ser favorecido de un auspicio de origen público, sin embargo no solamente se trata de la contribución para hacer un CD, pues los requerimientos son mucho más amplios.

559 Información disponible en el Ministerio de Cultura del Ecuador. (Nota del autor)

560 Amplia información en Azuaga Carolina, *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas, y derecho* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009).

En el país nadie financia el trabajo mismo de creación, pues los creadores ni viven de sus obras ni su tarea de creación es reconocida como una actividad productiva y más bien se la considera un *hobby*, pasatiempo, u afición y es que en Ecuador no tenemos programa alguno de incentivo a la creación artística, ni un sistema nacional de creadores de arte, como existe, por ejemplo, en México, que entrega los estímulos económicos en dos categorías: *creador artístico* y *creador emérito* siendo en este último caso de carácter vitalicio.

Si el creador tiene que desarrollar actividades que le permitan satisfacer sus necesidades básicas, es prácticamente imposible que se dedique de lleno a crear, y esta limitación económica constituye sin lugar a dudas uno de los mayores impedimentos para que en Ecuador este adecuadamente garantizada la libertad de creación y expresión artística.

En cuanto a la difusión del producto de la creación, este constituye otra gran problema para los artistas, en especial para cantautores, trovadores, bardos y *cantaescritores*, pues requiere de un financiamiento adicional, si se quiere que llegue al público a través de medios de comunicación privados es necesario de una fuerte inversión en dinero, o en su defecto de amistades e influencias en los círculos de poder para lograr el apoyo de los medios públicos y privados.

Todo ello demuestra que si la situación es difícil para los creadores en general, es muchísimo más compleja para los cultores de la canción de autor, y en la mayoría de los casos la falta de financiamiento y difusión los han conducido al ostracismo, y poco a poco su obra va desvaneciéndose hasta volverlos *desaparecidos culturales*.

La Constitución ecuatoriana, consagra la necesidad de corregir esta situación, y con acierto señala en su art. 277, num. 5, que para la consecución del buen vivir, entre los deberes generales del Estado, está el promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

Esto significa que el Estado ecuatoriano debería generar las condiciones adecuadas para que exista un adecuado desarrollo de las artes y la creatividad en general, y por consiguiente, debe diseñar los mecanismos idóneos para implementar formas de financiamiento público de la creatividad artística, cuestión que lamentablemente ha quedado en una simple declaración de buenas intenciones, a pesar de que el art. 380 num. 8 de la Constitución, señala que constituye responsabilidad del Estado el garantizar los fondos suficientes y oportunos para la ejecución de la política cultural.

En el documento *Políticas para una revolución cultural preparado por el Ministerio de Cultura*⁵⁶¹ se destacan, entre otros, como cuestiones centrales para el desarrollo cultural, aspectos tales como: la universalización de la producción artística y cultural ecuatoriana a través de su posicionamiento, promoción y difusión en el escenario internacional, la garantía del *derecho al desarrollo del talento artístico*, a través de la promoción del desarrollo del talento y la creatividad de la ciudadanía sin ningún tipo de discriminación, la recuperación del patrimonio artístico y promoción de la generación de un nuevo patrimonio sonoro y musical, dancístico, plástico, literario y audiovisual. El impulso a la libre creación artística y las expresiones culturales diversas de toda la población ecuatoriana, la promoción de las manifestaciones artísticas y culturales en el exterior como plataforma de desarrollo de las condiciones de creación y producción de bienes culturales, y el proyectar y difundir a nivel internacional un nuevo sentido de ecuatorianidad, desarrollando una agenda cultural sostenida y permanente en el exterior que posicione y visualice la riqueza cultural y el talento artístico de Ecuador.⁵⁶²

Sin lugar a dudas habría un consenso en la implementación de estas políticas culturales y de las estrategias para la implementación de aquellas, sin embargo la gran pregunta es, ¿sino contamos con un adecuado sistema de financiamiento público ¿Cómo lo vamos a hacer?

Si leemos con detenimiento el documento sobre políticas culturales del Ministerio de Cultura de Ecuador, encontramos como este inclusive brinda una especial importancia al *derecho al desarrollo del talento artístico*, destacando su importancia para el pleno ejercicio y garantía de los derechos culturales en Ecuador.

Este derecho al desarrollo del talento artístico, evidentemente está íntimamente relacionado con la libertad de creación y expresión artística, y se presenta como una auténtica garantía que el Estado otorga al arte, considerando que, “la materialización del derecho al arte parece ser un fin y un medio para la construcción de la democracia constitucional de derechos y justicia, la generación de la sociedad del Buen Vivir, y el desarrollo de la sociedad del conocimiento”.⁵⁶³

El financiamiento público es un tema central para la auténtica garantía de la libertad de creación y expresión artística, pues, “los costos presupuestarios de los derechos, examinados al margen tanto de los costos sociales como de los privados, ofrecen un campo vasto e importante para

561 Erika Silva, Alexis Oviedo, Moncada Martha, y equipo técnico del MC, *Políticas para una revolución cultural* (Quito: Ministerio de Cultura de Ecuador, 2011).

562 *Ibid.*

563 Ricardo Restrepo Sanín, coord. *Derecho al arte en Ecuador* (Quito: IAEN, 2013), 20.

la exploración y el análisis. Además, concentrarse en ellos es también la manera más sencilla de llamar la atención sobre la dependencia fundamental de las libertades individuales respecto de la contribución colectiva administrada por funcionarios públicos.⁵⁶⁴

Sin embargo, las distorsiones en cuanto al financiamiento del arte se expresan en Ecuador, en el hecho de que los artistas para sobrevivir se vean obligados a mercantilizar su trabajo, de hecho en el país por ejemplo los cantantes deben recurrir al género tropical y urbano, lo que puede corroborarse verificando la parrilla musical de los medios de comunicación, que se estima alcanza un 80 %, en tanto que un 20 % restante es para el pop, rock, electrónico, baladas, alternativo, entre otros, y frente a aquello una ausencia desgarradora de canción de autor, salvo contadas excepciones como el programa canciones necesarias conducido por la comunicadora Sandra Bonilla en Radio Pública de Ecuador en horario nocturno; esto claro está haciendo referencia a la música popular, pues el tema de la música clásica y académica es otro drama. Creemos que en Ecuador, aproximadamente el 98 % de la producción musical que se escucha en las emisoras es extranjera, y solo el 2 % de producción nacional, situación que se ha tratado de corregir en la Ley Orgánica de Comunicación, tema al cual ya nos referimos anteriormente.

Otro indicador interesante es la información suministrada por Álvaro Pinto de Main Disk y Global, empresas ecuatorianas que fabrican discos en el país, quien señala que su empresa cada mes fabrica en promedio 30.000 discos, de los cuales el 50 % son de música chicha y el resto son de bandas de rock, vallenatos, salsa y baladas.⁵⁶⁵

El artista nacional para sobrevivir debe agradar al público, y para ello se ve obligado a presentar *covers*, especialmente de los éxitos de lo que en Ecuador conocemos como *música del recuerdo*, y en el mejor de los casos los creativos se limitan a componer canciones de estribillo fácil y rápido de aprender, porque la presencia de textos más elaboradas, no es de agrado del público y, por tanto, no resulta rentable; además el creador debe volverse productor, publicista, mánager y en la mayoría de los casos vendedor de sus propios discos, pues en Ecuador no contamos con productoras, editoras, disqueras etc., y el artista no puede dedicarse completamente a crear. Por ello la mayoría de artistas nacionales concentran su actividad

564 Stephen Holmes y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. Stekka Mastrangelo (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011), 39.

565 Amplia información en el artículo "A la industria musical todavía le falta ritmo" publicado originalmente por *Líderes* en <http://www.revistalideres.ec/lideres/industria-musical-todaviale-falta.html>, consulta: 26 de junio de 2016.

económica principal en actividades que le permitan vivir, y el arte se vuelve un pasatiempo.

En el caso de los cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, cuyo trabajo se realiza fuera de las lógicas del poder y del mercado, la situaciones patética, muestra de ello es el fenómeno nacional por el cual, cada vez más los cantautores permiten que sus creaciones se descarguen gratuitamente con el único afán de dar a dar a conocer su trabajo, lo cual es absolutamente injusto para el artista, y un obstáculo para el impulso de una economía naranja.⁵⁶⁶

¿Cuál es el futuro del trabajo de los cultores de la canción de autor, cuya obra está basada exclusivamente en la creatividad frente a un Estado, un sector privado y una sociedad que mira hacia otro lado?

¿Existe alguna razón que explique esta especie de discriminación cultural en contra de cantautores, trovadores, bardos, y canta escritores en la sistema ecuatoriano que en teoría promueve la garantía de la libertad de creación y expresión artística?

¿Acaso el escaso financiamiento para esta expresión del arte no confirma la discriminación a la que hemos hecho referencia anteriormente, y no constituye una vulneración al derecho a la libertad de creación y expresión artística?

En conclusión, se puede decir que el éxito de un política cultural está vinculado con la inversión cultural, y que en un Estado constitucional de derechos y justicia para garantizar el pleno desarrollo artístico y la libertad de creación y expresión de los creadores y artistas, se requiere de financiamiento, con mayor énfasis en realidades como la ecuatoriana, y más aún cuando el gobierno impulsa un cambio en la matriz productiva, en la cual la economía creativa podría constituir una gran oportunidad.

Lamentablemente, los cantautores, trovadores, bardos y canta escritores ecuatorianos, no tienen una garantía de acceso al financiamiento público, por el hecho de que el país no cuenta con una política de financiamiento adecuada para la canción de autor, en virtud de las cuestiones que se ha podido analizar en este estudio.

⁵⁶⁶ La Sociedad de Autores y Compositores ecuatorianos SAYCE, calcula que la evasión del pago por derechos de autor ocasionarían pérdidas anuales de hasta 7 millones de dólares a la industria musical ecuatoriana, en tanto que la copia ilegal de discos genera pérdidas de hasta 177 millones de dólares, según aproximaciones del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (Nota del autor).

Problemas teóricos y cuestiones prácticas: Casos, dudas y perspectivas en torno a la libertad de creación artística en la canción de autor ecuatoriana

La falacia de las contradicciones normativas

En términos generales, decimos que existen contradicciones normativas, cuando en el ordenamiento jurídico hay normas que se contraponen y que afectan la resolución de los casos concretos, pues el administrador de justicia puede aplicar indistintamente las normas a su conveniencia, argumentando solucionar una aparente paradoja normativa; en la práctica generalmente prevalecen sobre los derechos y libertades de las personas los intereses del Estado o de los poderes fácticos.

Pudiera tratarse de problemas jurídicos generados en virtud de normas que siendo contrarias a la Constitución no han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional y se mantienen vigentes en el ordenamiento jurídico, o de cuestiones no reguladas en ningún sentido por las normas, lo que comúnmente se llaman *lagunas*,⁵⁶⁷ o pudiera ser que la normativa relacionada con aquellos resulta, vaga, o imprecisa; en todos estos casos enfrentamos fenómenos de coherencia jurídica o insuficiencia del ordenamiento jurídico.

Una de las constantes durante la presente investigación ha sido la evidencia de una ausencia de claridad normativa, doctrinaria y jurisprudencial en la esfera de ciertas cuestiones fundamentales para los derechos y libertades culturales, situación que al menos en la parte normativa debió cambiar como resultado del proceso constituyente que dio como resultado la Constitución de 2008, pues el nuevo texto constitucional diseñó una nueva institucionalidad cultural a partir del sistema nacional de cultura que según Decreto presidencial 985, estará organizado por cinco subsecretarías: Patrimonio Cultural, Memoria Social, Artes y Creatividad, Emprendimientos Culturales e Identidades Culturales, y según la disposición transitoria primera de la CRE de 2008, la Asamblea Nacional en un plazo máximo de trescientos sesenta días, contados desde la fecha en que entró en vigencia la Norma Suprema del Estado, debió haber aprobado una ley que regule la nueva situación cultural, la misma que demoró demasiados

⁵⁶⁷ Las lagunas se evidencian cuando el derecho no puede dar una solución inmediata a una cuestión jurídica, por ello tan sólo podremos hablar de laguna en aquellos casos en los que no sea posible encontrar una norma aplicable a una cuestión planteada. Autores como Kelsen no reconocen la existencia de esta lagunas, pues manifiestan que el juez siempre tendrá las herramientas normativas en el propio ordenamiento jurídico, para dar una respuesta adecuada a un caso concreto. (Nota del autor)

años para su aprobación y, como se ha evidenciado, sigue presentando demasiadas falencias.

Tanto desde la sociedad como desde la propia institucionalidad cultural, se percibe que la implementación de la norma secundaria, sigue sin dar claridad sobre el rumbo de la cultura en el país, pues la construcción normativa es retórica e imprecisa, lo que sugiere que se sigue viviendo en una indeterminación normativa similar al período en el que no se tenía una ley de la materia, lo que genera roces entre las instituciones del sistema como es el caso de la implementación del Registro Único de Artistas y Gestores Culturales (RUAC), la forma de elegir a los directivos de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, y el manejo que se dará a la cultura desde una lógica estatal centralista condicionada desde el texto de la propia ley.

Sin embargo, y como se lo analizará más adelante, la vigencia de la Ley Orgánica de Cultura no puede bajo ningún concepto significar un decrecimiento de los derechos y libertades culturales, como se pretende desde una apreciación errada, que tiene que ver básicamente con el dogmatismo burocrático de la institucionalidad cultural, y al mismo tiempo con un juego de intereses muy fuertes que no permiten que un nuevo modelo de relaciones jurídico-culturales basadas en la garantía de los derechos y libertades de los actores culturales se consolide, pues aquello debilitaría su poder y disminuiría sus privilegios. A esto hay que sumar sin lugar a dudas la poca importancia que el gobierno actual ha dado a la cultura, que sugiere cambiar todo, sin que nada cambie.⁵⁶⁸

Para quienes consideran que estamos viviendo una etapa de tensión entre una norma constitucional garantista y una ley de carácter concentrador, generando una suerte de indeterminación normativa al no saber que norma aplicar en los casos concretos, lo cual va a generar problemas de indeterminación causal de las decisiones judiciales, que una vez más dejarán de lado la tutela por ejemplo la libertad de creación y expresión artística, por considerar que se trata de cuestiones de carácter administrativo propios del ministerio del ramo.

Precedentes de esta situación preocupante hemos podido evidenciar, en las primeras experiencias que se han presentado en el país como el caso Bonil, el caso del documental sobre la muerte de Jaime Roldós, o la

568 “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”. / ¿Y ahora qué sucederá? ¡Bah! Tratativas respunteadas de tiroteos inocuos, y después, todo será igual pese a que todo habrá cambiado “...una de esas batallas que se libran para que todo siga como está”. Esta paradoja ha sido destacada por Giuseppe Tomasi di Lampedusa en su novela *El Gatopardo*, basada en el razonamiento de Alphonse Karr; *mientras más cambie, más de lo mismo*. Ver Tomasi di Lampedusa, *El gatopardo*, trad. Fernando Gutiérrez (Barcelona: Argos Vergara, 1980).

cancelación del financiamiento para el Encuentro Internacional de Canción de Autor, en las que se evidencia que en el tratamiento y resoluciones no existe una adecuada motivación de las mismas, sino criterios absolutamente discrecionales.

Constituye un buen ejemplo el caso de la comedia televisiva *La pareja feliz*, una sátira despiadada de las relaciones de pareja con fuertes elementos costumbristas, machistas y situaciones de humor negro, que mereció una sanción administrativa por parte de la extinta SUPERCOM, en virtud de la supuesta difusión de contenidos discriminatorios en razón del sexo y la orientación sexual.⁵⁶⁹ Que hizo que la serie saliera del aire por decisión del canal Telemazonas que transmitía dicho programa:

La primera sanción se dio a inicios de octubre, cuando la SUPERCOM resolvió que el capítulo transmitido el 2 de enero de 2014 de *La pareja feliz* tenía contenido discriminatorio en razón de orientación sexual. En esta ocasión, la institución reguladora —explica Reinoso— castigó al programa por reincidencia. La multa incluye el pago del 5 % de la facturación del canal durante 3 meses —equivalente a USD 115.000—, más la presentación de disculpas públicas. El monto ya fue cancelado por Telemazonas. La denuncia fue realizada por Yina del Pilar Quintana, presidenta del Consejo Nacional para la Igualdad de Género, quien —según Reinoso— “sacó de contexto frases de siete capítulos del programa”. “El canal —Telemazonas— tiene temor de que se presente una nueva denuncia, lo que significaría pagar una multa del 15 % de la facturación del canal durante tres meses” —dice Reinoso— y explica que es la razón por la que se tomó la decisión de sacar el programa del aire”.⁵⁷⁰

La pareja feliz es humor negro, y como tal resulta desagradable para algunas personas, ¿El humor negro está prohibido en Ecuador? ¿La represión del humor negro no constituye una vulneración de la libertad de creación y expresión artística? ¿Por qué la superintendencia de la información y la comunicación está controlando expresiones de carácter evidentemente artístico?

Puede ser que no sea agradable una comedia, una novela, una película, una pintura, una escultura, una canción y es también posible que no estemos de acuerdo con su temática y forma de exteriorizarse, no obstante, si en la Constitución, los ecuatorianos decidimos garantizar la libertad de creación y expresión artística, no existe argumento alguno para censurar la ficción, la representación, la sátira o el humor incómodo.

569 Ver Superintendencia de la información y la comunicación, Resolución n.º CORDICOM-PL-2014-017.

570 Ver Ana Alvarado, “La ‘Pareja feliz’ ya no se transmitirá”, *El Comercio* (Quito), 17 de noviembre de 2014, <http://www.elcomercio.com/tendencias/parejafeliz-transmision-television-sancion-supercom.html>, consulta: 20 de noviembre de 2015.

Un tema que vale la pena destacar es que en el humor burdo, desagradable y políticamente incorrecto que presenta la comedia *La familia feliz*, no disimula su objetivo de mostrarse como una bufonada corrosiva, que no tiene de ninguna manera pretensiones propagandísticas, por tanto consideramos fue evidente que la SUPERCOM, intimidó a un canal televisivo para censurar una comedia, violentando la libertad de creación y expresión artística. Esta fue otra de las injusticias perpetradas por un organismo público despótico y arbitrario, que afortunadamente ya no existe.

Si bien el inconveniente no está solucionado con la eliminación de una institución que realizó prácticas represivas, el problema es que la falta de claridad conceptual está llevando a vivir bajo la lupa de censores que se han autoimpuesto la misión de custodiar la moral social desde un cargo público, lo cual al menos para el arte es absolutamente nefasto, pues:

La tecnocracia —en su sentido más vulgar— es la suposición de que los gobiernos y sus funcionarios están en mejores condiciones que las personas para decidir sobre sus propios asuntos y que, por ende, es el Estado el llamado a imponer qué es lo que se debe consumir, leer, ver, de qué o de quién está permitido reírse, y así todo al respecto. Este tipo de “lógica”, desde un punto de vista totalizante, ha tenido dos formas históricas: el despotismo ilustrado y el comunismo vulgar.⁵⁷¹

La canción de autor muchas veces ha sido polémica, tal es el caso de la composición de uno de los iniciadores de esta expresión artística en el mundo, como es George Brassens, *Le Gorille*, censurada en España en el año de 1971 con el argumento de que su contenido, no es solo erótico sino homosexual; la censura gubernamental que enfrentó el cantautor cubano Carlos Varela con sus canciones *Guillermo Tell*, *Tropicollage*, *Cuchillo en la acera*, *Leñador sin bosque* y *La política no cabe en la azucarera*; o la censura disfrazada que implementó Televisión Española al cantautor de culto Javier Krahe con su canción *Cuervo ingenuo* en el año de 1986. En fin, cantautores trovadores y bardos en Ecuador aunque no lo parezca corren el riesgo de ser censurados en el momento menos pensado, a menos que guarden prudencia con su trabajo, lo cual significa una sola cosa: *autocensura*.

En cuanto al tema de la supuesta indeterminación normativa por las colisiones normativas y las discrepancias entre la norma constitucional y las normas secundarias, creemos que no es en sí mismo un problema normativo, sino más bien de conceptos; a pesar de ello los positivistas empeñados en un formalismo testarudo, consideran que si bien existen estos

571 Mauricio Maldonado Muñoz, “La pareja feliz es un programa horrible”, *La República*, 7 de octubre de 2014, <http://www.larepublica.ec/blog/opinion/2014/10/07/la-pareja-feliz-es-un-programa-horrible/>, consulta: 4 de noviembre de 2014.

preceptos constitucionales que recogen varios derechos culturales, lo que preceptúan las normas secundarias es lo que debe prevalecer, permitiendo que los derechos y las libertades culturales no puedan concretarse, y es por esta razón en el documento intitulado Plan Nacional de Cultura 2007-2017 se reclama “la consolidación de un sistema normativo sistemático y coherente y, por lo tanto, un proceso de compendio, análisis, integración y sistematización de las normas que ordenan las políticas culturales, a la luz de las necesidades de un Ecuador que demanda nuevos esquemas de gestión, de participación social y de financiamiento para la cultura”.⁵⁷²

Nuestra visión es distinta, pues se considera que si bien la norma infraconstitucional podría ayudar a una mayor efectividad en el quehacer cultural y artístico de Ecuador, esto no puede ser un argumento que justifique la falta de garantía y defensa de los derechos y libertades culturales, contemplados en la Constitución vigente y en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, en virtud de la aplicación directa de la Constitución.⁵⁷³

En Ecuador rige el principio de aplicación directa, tanto para jueces como para servidores públicos, no obstante en el caso de existir duda sobre la constitucionalidad de la norma en un caso concreto, será el juez quién deberá acudir a la Corte Constitucional, si considera que una norma contraria a la Constitución debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. En el caso de los particulares podrán hacerlo a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

El principio de aplicación directa está desarrollado a partir del art. 11, num. 3, del texto constitucional que manifiesta que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; y el num. 5 del mismo precepto, dice que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Las juezas y jueces administrarán

572 Ministerio de Cultura de Ecuador, *Enfoque conceptual para el proceso de construcción del Plan Nacional de Cultura y de las políticas culturales en el Ecuador, Un camino hacia la revolución ciudadana desde la cultura 2007-2017* (versión preliminar). Un documento para la participación, el diálogo intercultural y la reconfirmación identitaria, publicado en Quito por el Ministerio de Cultura de Ecuador, 2007, 18.

573 “Justamente, el constitucionalismo pretende rebatir al positivismo jurídico con este conjunto de tesis, y entre sus postulados se encuentra la afirmación de que la Constitución es norma jurídica, y como consecuencia, sus normas, es decir, tanto las reglas como los principios son de aplicabilidad directa”. Gustavo Medinaceli Rojas, *La aplicación directa de la Constitución* (Quito: UASB-E / CEN, 2013), 31.

justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.⁵⁷⁴

El art. 425 de la Constitución, es absolutamente claro cuando dice que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, es decir que no solamente los jueces sino que inclusive los servidores públicos estarían facultados a resolver un caso mediante la aplicación directa.

Del mismo modo, cuando el art. 426 del texto constitucional dispone que juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, una vez más se entiende que la Constitución de forma expresa está disponiendo la aplicación directa de la Constitución.

Ahora bien, existe un precepto constitucional, que contempla la posibilidad de un recurso incidental, y que ha provocado otras lecturas en cuanto a la aplicación de la constitución, y por el cual muchas personas consideran que no existe aplicación directa de la misma, este es el art. 428, que dice en la parte pertinente:

Quando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.⁵⁷⁵

En verdad que la norma antes transcrita genera muchas dudas, sin embargo la propia LOGJCC,⁵⁷⁶ aclara cualquier interrogante cuando en su art. 142, textualmente preceptúa:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales,

574 Amplia información en Medinaceli, *La aplicación directa de la Constitución*.

575 El art. 4, num. 2 de la LOGJCC, respecto a la aplicación directa de la Constitución, señala: "Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Del mismo modo, el art. 5 del COFJ manifiesta: "Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente". (Nota del autor)

576 Asamblea Nacional, LOGJCC, Quito, ROS 52, Quito, 22 de octubre de 2009.

sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, *solo si tiene duda razonable y motivada* de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (Énfasis añadido)

Esto significa que el recurso incidental es absolutamente excepcional, y que por regla general opera el principio de aplicación directa, aún más para que proceda la consulta ante la Corte Constitucional, deberá existir “duda razonable y motivada” es decir una duda con fundamentos de razón que además debe ser motivada es decir que el juez tiene un deber jurídico de explicar y justificar las razones por las cuales pone en marcha el control incidental, no debemos olvidar la acertada advertencia que hace Miguel Carbonell cuando dice: “el activismo judicial, no significa ni implica que el juez pueda sustituir con su criterio personal las decisiones que ha tomado el constituyente”.⁵⁷⁷ Además, “Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico, lo que para Kelsen significaba que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”.⁵⁷⁸

La Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual se destaca el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

La Constitución es norma suprema, porque según el art. 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; asimismo, el art. 426 de la Norma Suprema del Estado, dispone la aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

577 Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Quito: Jurídica Cevallos, 2010), 84.

578 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 0001-10-SIN-CC, Casos n.º 0005-09-IN y 0011-09-IN (acumulados) 18 de marzo de 2010.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias:

En un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano, según el art. 11, num. 3, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.” Precepto que guarda concordancia con inc. 2 del art. 426 del texto constitucional que dice: “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

En consecuencia, se considera que no podría existir indeterminación normativa en Ecuador ni confusión sobre que norma emplear, ni aplicación de la ley ordinaria para acotar derechos y libertades culturales, pues la aplicación directa de la Constitución con énfasis en los derechos, es perfectamente capaz de dar las soluciones pertinentes a los distintos casos concretos que en la esfera de la cultura y más puntualmente de los derechos y libertades culturales se presenten, inclusive en aquellos casos en los que norma infraconstitucional, se aleje de la Constitución por en atención al principio de supremacía constitucional⁵⁷⁹ de modo que: “se cierra el paso a toda interpretación que busque derivar la efectividad de algunos de los derechos consagrados a su posterior configuración legal, amparándose en razones de disponibilidad económica o de respeto de la discrecionalidad del legislador a la hora de configurar el contenido amparado por los derechos “declarados” en el texto constitucional”.⁵⁸⁰

579 “En virtud del principio de supremacía constitucional se presume la constitucionalidad de todos los actos y normas jurídicas, es decir, que los mismos gozan de validez por haber sido creados o adoptados en armonía con la normativa constitucional. Mas, la realidad demuestra que no todas las normas o actos de autoridades públicas se ciñen a los contenidos constitucionales”. Ver Carmen Estrella, “Supremacía constitucional y control de constitucionalidad”, *Derecho Ecuador.com*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/supremaciacutea-constitucional-br-y-control-de-constitucionalidad>, consulta: 4 de noviembre de 2014.

580 Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, eds. *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 27.

No está por demás, señalar que la deficiente técnica legislativa en la redacción de la Ley Orgánica de Cultura genera muchas dudas respecto a la omisión de ciertos principios internacionales que los Estados deben observar, para garantizar una elemental tutela de los derechos humanos y por consiguiente de los derechos culturales. Al respecto la Observación General n.º 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del PIDESC, apartado 48 manifiesta que “la obligación de cumplir requiere que los Estados parte adopten las medidas adecuadas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole, destinadas a la plena realización del derecho consagrado en el párrafo 1 a) del art. 15 del PIDESC.

Del mismo modo, los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, en su num. 17, señala que los Estados emplearán “todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto”.⁵⁸¹

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵⁸² cuando hace referencia a las violaciones mediante actos de omisión, en su num. 15 señala que las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación con la no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto, en la no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto, y en la falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento.

581 Un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg, Maastricht, los Países Bajos, y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Universidad de Cincinnati Ohio, EE. UU., reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986 prepararon los Principios de Limburgo, respecto a la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados parte conforme al PIDESC (Nota del autor).

582 Entre el 22 al 26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, Suiza, el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América, y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht, Países Bajos, con el objetivo de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos (Nota del autor).

Del mismo modo, la recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural de la UNESCO,⁵⁸³ recomienda a los Estados, adopten disposiciones de orden legislativo o reglamentario y modifiquen las prácticas vigentes, con el fin de garantizar los derechos relativos al acceso a la vida cultural y a la participación en ella, en función de los principios de la DUDH, del PIDESC y del PIDCP.

Ahora bien, más allá de la aparente falta de decisión política de apostar por la aplicación directa de los preceptos constitucionales en la esfera de la cultura, y la efectiva tutela de los derechos y libertades culturales, y la evidente inobservancia de los principios internacionales de protección de los derechos humanos, a los cuales nos hemos referido, la parálisis en la aplicación de la normativa en el ámbito de la defensa y tutela de los derechos culturales en Ecuador, con todas las secuelas negativas que hemos analizado, sugiere que estamos viviendo, una lamentable deformación del Estado constitucional de derechos y justicia, y una limitación del carácter garantista del texto constitucional, desde los propia institucionalidad del Estado.

Las garantías de los derechos y libertades culturales, en especial de la libertad de creación y expresión artística que requieren cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, son inciertas toda vez que estos artistas a través de su obra plantean una dimensión crítica, emancipatoria, autoreferencial, y metatextual, que inclusive rebasa el referente puramente político y social, de modo que cada cultor de la canción con contenido define por sí mismo su quehacer ético y artístico y convierte su canción en una experiencia poético-vivencial.

Resulta difícil explicar la complejidad de la creación y expresión artística en el ámbito de la canción de autor, pues aunque el modelo constitucional ecuatoriano es favorable a la cultura y el quehacer artístico, es difícil que una norma por garantista que sea logre aprehender, el conjunto de condiciones que la dignidad artística de un cantautor, trovador, bardo o canta escritor necesita, pues hay cuestiones que van mucho más allá, y que ninguna norma va a responder, tales como:

¿Quién canta? ¿A qué entidad real o poética remite esa voz que asume una postura ideológica, un compromiso social con el otro y una sensibilidad que somete al criterio ajeno? ¿A qué remite aquella figura del cantor popular que asume al cantar una postura, un estatus específico?

583 La Recomendación Relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, fue aprobada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en Nairobi del 20 de octubre al 30 de noviembre de 1970, en su 19a reunión. (Nota del autor)

¿Cómo se establece el contrato tácito entre cantor y oyente? ¿Con base en qué mecanismos?

¿Qué concepción tiene el cantor de la vigencia de su propio quehacer social y poético dentro de la comunidad o del grupo sociocultural?

¿Cómo se manifiesta esta concepción a través del texto? En otras palabras, ¿cómo se manifiesta la concepción o la consciencia propia del cantautor en el canto?⁵⁸⁴

El derecho, siendo un conjunto de normas impuestas por el poder cuyo objetivo es el control de la conducta humana, pretende legitimar jurídicamente al arte de forma artificial, sin embargo el arte desborda la rigidez normativa y plantea un reto mucho mayor: reconfigurar la realidad simbólico-jurídica, exponer las articulaciones hegemónicas de la legalidad, confrontar la dominación y humanizar al derecho; porque en el fondo no se trata solamente de canciones, se trata de la vida, se trata de los seres humanos sentipensantes, se trata de la libertad.

Políticas públicas, libertad de creación y expresión artística y canción de autor

Consideramos que el impulso de las políticas culturales, más allá de la planificación del quehacer cultural debe, asegurar que los componentes y recursos culturales posibiliten el ejercicio pleno de los derechos y libertades culturales, y por tanto deben ser prioritarias en el desarrollo de las políticas públicas del Estado.

En primer término es pertinente analizar el tema de la política cultural, que según nuestro criterio no es otra cosa que el conjunto estructurado de acciones y prácticas sociales de los organismos públicos y de otros agentes sociales en la esfera de la cultura, entendida desde una visión restringida, que la circunscribe al sector concreto de actividades culturales y artísticas, pero también considerándola desde una perspectiva amplia, como el universo simbólico compartido por la comunidad en su convivencia.

Según la Declaración de México sobre políticas culturales de 1982: “se han de tomar en consideración las necesidades y problemas de cada sociedad, sin menoscabo *de asegurar la libertad necesaria para la creación cultural*, tanto en su contenido como en su orientación” (énfasis añadido).⁵⁸⁵

El Plan de Acción de Políticas Culturales para el Desarrollo aprobado en la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, celebrada en Estocolmo en 1998, recomendó cinco

584 Rimbot, “Autorrepresentación y manifiestos en la nueva canción y canto nuevo”, 27.

585 La Declaración sobre las políticas culturales fue aprobada en la Conferencia mundial sobre las políticas culturales Ciudad de México, celebrada del 26 de julio al 6 de agosto de 1982. (Nota del autor)

objetivos de política a los Estados miembros de las Naciones Unidas, entre los cuales se destaca el promover la creatividad y la participación en la vida cultural.⁵⁸⁶

Resulta muy difícil hablar de los derechos culturales y correlativamente de las políticas culturales, puesto que estos conceptos están sujetos permanentemente a un apasionado y polémico debate, en especial lo que tiene que ver con el reconocimiento de los paradigmas que están en la base de su diseño y ejecución.

Por consiguiente una adecuada política cultural de ninguna manera podrá dejar de considerar la realización y el pleno ejercicio de la libertad de creación y expresión artística.

La política cultural requiere de una adecuada gestión cultural, que no es otra cosa sino aquel conjunto de estrategias utilizadas para facilitar un adecuado acceso al quehacer cultural, sus expresiones y manifestaciones por parte de la sociedad; estas estrategias contienen en su definición un aplanificación de los recursos humanos, económicos y logísticos, así como la consecución de unos objetivos claros a corto, mediano y largo plazo que permitan alcanzar las metas anheladas.

La gestión cultural ha de redundar necesariamente en el progreso general de la sociedad, la garantía de los derechos culturales, humanos y constitucionales en general, y la estrecha relación entre cultura y desarrollo, sirviendo como instrumento fundamental para la democratización, la solidaridad y la paz social.

La gestión de la cultura debe generar estrategias que respondan a la posibilidad de definir herramientas o instrumentos de amplia validez, pero siempre tomando como punto de partida la garantía de ejercicio de los derechos culturales.

En este orden de ideas, creemos que todo modelo de gestión cultural en un Estado constitucional debería partir de las directrices para la realización de la dignidad humana a través de los derechos y libertades culturales, garantizando la participación de los actores culturales, creadores, gestores y ciudadanía en general en los procesos de gestión cultural, permitiendo un ejercicio real de la ciudadanía cultural, derecho que nos asiste y que además es una expresión del propio Estado constitucional democrático; en un mundo en el existe una profunda confusión entre cultura y espectáculo, puesto que “si la cultura es puramente entretenimiento, no importa nada. Si se trata de divertirse, un embaucador puede divertirme

⁵⁸⁶ Este documento puede leerse en la página web <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/plan-de-accion-sobre-politicas-para-el-desarrollo.pdf>, consulta: el 6 de noviembre de 2014.

más que una persona profundamente auténtica⁵⁸⁷ en consecuencia si queremos cultivar la sensibilidades y fomentar la creación y libre expresión del arte, es indispensable un replanteamiento de las concepciones mismas del quehacer cultural.

Por consiguiente, el diseño y ejecución de estas políticas, conlleva la institucionalización de los principios, para lo cual es necesario diseñar los canales dialógicos, que propicien la participación de los diferentes actores culturales, para sociabilizar, consensuar, y concertar, las acciones y estrategias de interés, para las agencias del Estado, el sector privado, el tercer sector y la sociedad civil.

En Ecuador, y como consecuencia del proceso constituyente el Ministerio de Cultura⁵⁸⁸, apenas fue creado, intentó plantear algunos lineamientos básicos orientados hacia la formulación de política cultural; fruto de este empeño se preparó un documento que se tituló *Plan Nacional de Cultura 2007-2017*.

Sin embargo el ministro de la época, el poeta Antonio Preciado, no duró mucho tiempo en la cartera de Estado, pues existieron varios cuestionamientos en el manejo de cuestiones de gestión y administración cultural, siendo reemplazado por Galo Mora, miembro del emblemático grupo de música latinoamericana *Pueblo Nuevo*.

Posteriormente asumiría el cargo el escritor Ramiro Noriega, quien al cabo de un año, fue sustituido por la socióloga Erika Silva, en cuya gestión se preparó otro documento intitulado *Políticas para una revolución cultural*. Posteriormente se nombró como Ministro de Cultura, al comunicador social Paco Velasco, luego al diplomático Francisco Borja, después al doctor Guillaume Long, luego el académico y escritor Raúl Vallejo, y finalmente con la llegada a la presidencia de la República del licenciado Lenín Moreno, se designa como nuevo ministro de cultura al escritor Raúl Pérez Torres.⁵⁸⁹

Los constantes cambios en el Ministerio de Cultura, y salvo los casos de Antonio Preciado, Ramiro Noriega, Galo Mora, Raúl Vallejo y Raúl Pérez Torres; la designación de personas que no poseen la experiencia, el conocimiento y el compromiso con la cultura nacional, ha tenido como

587 "Diálogo sobre la cultura: Vargas Llosa y Lipovetsky", *Función Lenguaje*, <http://funcionlenguaje.com/pensamiento-contemporaneo/dialogo-sobre-la-cultura-vargas-llosa-y-lipovetsky.html>, consulta: 8 de julio de 2013.

588 El Ministerio de Cultura y Patrimonio de fue creado por el presidente Rafael Correa el 15 de enero de 2007, con el propósito de que se encargue de las funciones que antes correspondían a la Subsecretaría de Cultura adscrita al entonces Ministerio de Educación y Cultura de Ecuador. En el mes de mayo de 2013, cambió su nombre de Ministerio de Cultura al de "Ministerio de Cultura y Patrimonio. (Nota del autor)

589 Información verificada en el Ministerio de Cultura de Ecuador.

consecuencia que en el país tengamos una suerte de políticas en el papel, que no trascienden a la realidad.

El criterio generalizado de los actores y gestores culturales independientes, es que el ministerio simplemente se ha dedicado a realizar concursos y otorgar algunos auspicios a personas afines al gobierno, lo cual como es lógico no significa una presencia significativa y peor aún dinamizadora del quehacer cultural, de modo que el organismo rector de la cultura en Ecuador constituye apenas un burocrático espacio, colonizado por desorientados oficinistas que hasta el momento no han logrado entender su rol, confundiendo el concepto de activistas culturales, con el meros tramitadores.⁵⁹⁰

El diseño constitucional determina que es el Estado quien asume el protagonismo del sector cultural, lo cual significa según la Ley vigente no solamente centralización de los recursos públicos, sino una serie de responsabilidades, que por mandato constitucional no pueden ser ignoradas. No se trata de hacer declaraciones de buenas intenciones, el problema de fondo es el inequitativo reparto de los recursos pues las desigualdad entre los artistas del sector oficial y los artistas independientes, es evidente.

Desde el gobierno existe un afán exagerado de formar artistas profesionales, a ello obedece la creación de la Universidad de las Artes, pudiendo percibirse cierto menosprecio por varias expresiones culturales cotidianas, propias de la cultura popular, de hecho gran cantidad de notables artistas nacionales no tienen un título, lo que no justifica que sean discriminados por ello.

En cuanto a la manera como se manejan los fondos destinados a cultura, finalmente constituyen fuente de discriminación, frustración y descontento, pues, para hacerse acreedor de algún auspicio, el artista enfrenta una desalentadora experiencia donde se generan muchas inequidades, ya que por ejemplo no existe descentralización de estos recursos para las provincias, no se consideran las distintas realidades locales y no todas tienen la misma atención, se sigue evidenciando una forma de discriminación hacia los sectores más desfavorecidos, se promueve la gratuidad de los eventos artísticos pero no con base en una subvención estatal, sino de la explotación de los artistas; las instituciones culturales privilegian la cantidad, lo masivo, y lo intrascendente antes que la calidad, el contenido, la propuesta o

590 Paola de la Vega dice: “¿Cuántas de estas reflexiones ha recogido la política cultural actual? Pese a las fisuras existentes, en la administración cultural pública parecen perpetuarse estructuras clientelares, coloniales y miradas civilizatorias y culturalistas, de lo espectacular y el entretenimiento, que en poco o nada apuntan a la cultura como un trabajo sobre el pensamiento crítico y lo intercultural”, <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/carton-piedra/34/los-desafios-de-la-cultura-en-ecuador>, consulta 7 de agosto del 2017.

los valores que presenta una expresión artística, etc., de modo que se trata de una discusión muy profunda que no puede agotarse en la discrecionalidad del manejo de los fondos públicos destinados a dinamizar el arte y en general la cultura, sino en el evidente fracaso de las políticas públicas culturales, fruto de la sabiduría de unos pocos funcionarios, incapaces de reconocer la complejidad y la diversidad de las culturas de Ecuador.

Una política cultural debería ser un proyecto de largo aliento y no simplemente la estrategia de un gobierno, por ello en la primera Reunión del Consejo Suramericano de Cultura (CSC)⁵⁹¹ integrado por los ministros y representantes del sector de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), aprobó un plan de acción para el año 2013-2014 centrado en ejes tales como interculturalidad, industrias culturales y economía creativa, defensa del patrimonio cultural, comunicación y cultura, y artes.

Según la Declaración de la I Reunión del Consejo Suramericano de la Cultura, los Estados parte impulsan un trabajo conjunto con el propósito de resguardar y promover los derechos a la creación, la accesibilidad cultural, el disfrute de la propia cultura y las expresiones artísticas de la región, lo que evidencia que la dimensión cultural y el diseño de políticas culturales inclusive tienen una proyección en los procesos de integración que impulsan los gobiernos de la Región.

En el tema de la canción de autor ecuatoriana, no existe una política pública respecto a esta expresión artística, apenas un exiguo aporte que se entrega a través del fondo fonográfico a un solo creador, una vez al año, o cual evidentemente no representa política cultural alguna, sino una actitud más bien desapacible por esta expresión artística, experiencia similar por ejemplo a la que vivieron en sus inicios los artistas que impulsaban la nueva trova en Cuba, que “debió enfrentar la resistencia de burócratas a quienes disgustaba la obvia influencia de artistas estadounidenses en su música, al igual que algunos elementos de disidencia y hermetismo en sus letras”⁵⁹² aunque posteriormente el régimen cubano decidió absorber las

591 Según el Estatuto del Consejo Suramericano de Cultura, en su artículo 1.- “El Consejo Suramericano de Cultura (CSC) es una instancia permanente de consulta, diálogo, reflexión, intercambio, circulación de información y experiencias, coordinación intergubernamental de políticas y cooperación en materia de Cultura, cuyo objetivo es promover esfuerzos, acciones y proyectos, y propuestas consensuadas para el desarrollo de la Cultura en todas sus manifestaciones en el ámbito de los Estados miembros de UNASUR y contribuir con el desarrollo sostenible y el bienestar de los pueblos suramericanos.” El texto completo puede leerse en el sitio web <http://www.unasursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/ESTATUTO%20CONSEJO%20DE%20CULTURA.pdf>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

592 Marcelo Pereira, “Música e izquierda”, *Henciclopedia*, <http://www.henciclopedia.org.uy/autores/MPereira/Oreiro.htm>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

inquietudes creativas de sus artistas más progresistas, lo cual generaría en el futuro escenarios sumamente complejos. En la actualidad posiblemente la política cultural cubana más emblemática en favor de su canción de autor, está en el apoyo que brinda el Centro Pablo de la Torriente Brau, cuyos proyectos cuentan con el respaldo de una Junta Patrocinadora integrada por varias instituciones y organizaciones sociales como son, el Ministerio de Cultura, la Oficina del Historiador de la Ciudad y la Unión de Escritores y Artistas de Cuba.

En el caso chileno, en la actualidad, la canción de autor experimenta un resurgimiento con la presencia de un movimiento musical-cultural de cantautores independientes que “tiene que tener una raíz que llega hasta la Nueva Canción Chilena en los 60 y hasta el Canto Nuevo en los 80. [...] Claramente este momento va a quedar inscrito en la historia de la música chilena, tal como han quedado momentos anteriores como la época de Los Prisioneros en el 84, el Canto Nuevo de antes”.⁵⁹³

Uno de los resultados más visibles ha sido el mega evento Cumbre del Folk Chileno, que ha contado con el financiamiento del Estado a través del Fondo de la Música otorgado por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.⁵⁹⁴

Hay que destacar que la sociedad chilena ha reconocido que los cantautores populares han existido siempre y son parte fundamental de la cultura y de la historia musical chilena, razón por la cual desde la década de 2000 en adelante se ha producido una explosión cultural en este sentido, y en el cual ha jugado un papel muy importante la creación del Consejo de la Cultura y las Artes, y del Consejo de fomento de la música chilena, que han abierto la posibilidad que una serie de cantautores pudieran recibir un apoyo efectivo, logrando como resultado que este movimiento de cantautores chilenos, haya descollado desde el año 2005 hasta esta fecha, cada vez con mayor éxito, puesto que en el devenir de la música chilena se ha instalado como expresión artística absolutamente válida la voz, la guitarra, la autoría de una canción, y el uso de la poesía como forma de expresión.⁵⁹⁵

En Ecuador país en el que la tradición del canto popular y su vínculo con la poesía es intensa y trascendente, y en el cual la canción de autor es una expresión ubérrima y exultante, los intentos por cimentar un

593 Jorge Lagás, “El presente de los cantautores; este movimiento va a dejar huella”, entrevista a David Ponce, Santiago de Chile, junio 2010. En http://www.terra.cl/musica/index.cfm?id_cat=115&id_reg=1451806, consulta: 19 de noviembre de 2014.

594 Creado mediante la Ley n.º 19891, de 23 de agosto de 2003.

595 Se han ensayado varios apelativos para este movimiento especialmente desde la prensa y los medios: nueva camada de cantores, nuevo-folk chileno, nueva canción de autor, etc. (Nota del autor)

movimiento representativo de cantautores, ha fracasado por la falta de apoyo, por las contradicciones propias de nuestra realidad sociocultural, por la ausencia de políticas culturales que fomenten la canción de autor, y también por ciertos egocentrismos, mezquindades, insolidaridad y falta de compañerismo entre los propios artistas.

Con estos antecedentes, consideramos que deberían implementarse políticas culturales tales como: la aprobación de una Ley de Donaciones Culturales,⁵⁹⁶ similar a la experiencia chilena, que permitió la participación del sector privado en el financiamiento y gestión de las actividades culturales, la descentralización de la política cultural y de los recursos económicos en función del reconocimiento de las especificidades y características culturales de las distintas regiones y provincias, el apoyo, promoción y garantía plena del derecho a la creación artística como la expresión más elevada del quehacer cultural, lo que supone un alto nivel de ejercicio de la libertad, y la implementación de mecanismos tributarios para incentivar el apoyo de personas naturales y jurídicas para la cultura, evitando su confusión y competencia con otro tipo de donaciones tal es el caso de las universitarias, educacionales, deportivas o sociales.

Este tipo de estrategias, constituyen las claves de una verdadera política cultural favorable a la canción de autor ecuatoriana, a partir de lo cual Ecuador al menos debería empezar a discutir sobre el diseño de una política cultural en favor de la canción de autor, reconociendo su aporte a la cultura nacional, y el compromiso social que la ha caracterizado; para ello se debería en primer lugar facilitar el financiamiento de los proyectos de creadores, cantautores, trovadores, bardos, y canta escritores, que son independientes, buscan autogestionarse, se encuentran en las primeras

⁵⁹⁶ “Este mecanismo —impulsado por el entonces senador de la República Gabriel Valdés Subercaseaux y bajo el Gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar— está consagrado en el artículo 8 de la Ley n.º 18.985, de Reforma Tributaria y fue aprobado en junio de 1990 por el Parlamento. En el citado artículo 8º, que por sí mismo constituye una ley, se apunta a poner a disposición de la cultura nuevas fuentes de financiamiento, para beneficiar a la más amplia gama de disciplinas, actividades, bienes y proyectos artístico-culturales. La legislación estimula la colaboración público-privada, en la medida en que establece que el Estado y el sector privado participen en el financiamiento de los proyectos culturales que se acogen a este beneficio. El fisco aporta al financiamiento mediante un crédito equivalente —en casi la totalidad de los tipos de donantes— a la mitad de la donación, lo que significa en la práctica una renuncia del Estado al cobro de esa parte del tributo. El año 2013, bajo el impulso del presidente Sebastián Piñera Echenique, se promulgó una nueva Ley de Donaciones con fines culturales n.º 20.675 que fundamentalmente amplía de dos a seis tipos de donantes e incorpora como nuevos beneficiarios a la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos y, por primera vez, a los propietarios de inmuebles patrimoniales. Así también, amplía los plazos de ejecución de las iniciativas y establece mecanismos de seguimiento y fiscalización de los proyectos”. Amplia información en <http://www.donacionesculturales.gob.cl/ley-de-donaciones-culturales/>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

etapas de su desarrollo, tengan una proyección artística, una propuesta estética y no rayen en lo puramente comercial.

Una estrategia efectiva de difusión de la música nacional y muy particularmente para la canción de autor, requiere además garantizar la libertad de expresión artística en los escenarios tanto dentro del país como fuera de él, facilitando el financiamiento de proyectos de itinerancias, festivales, recitales, conciertos, etc., lo cual se complementa con la aplicación adecuada del 1×1 incorporado en la Ley Orgánica de Comunicación, orientando a los medios para que se dé espacio a todas las expresiones artística, pues se corre el riesgo que se cumpla con el uno por uno, pero favoreciendo la canción comercial banal, y sacrificando la canción de autor independiente, por tener una estética y unos contenidos distintos, que no se acomodan al canon del mercado.⁵⁹⁷

La ausencia de una política cultural coherente, amenaza con asfixiar una de las expresiones culturales más auténticas y creativas del arte ecuatoriano, debido curiosamente al desconocimiento y desestimación de los burócratas, mercaderes de la cultura, y dueños o directivos de medios de comunicación, es decir de quienes al ser detentadores de algún tipo de poder, no coinciden con las posturas emancipatorias, contestatarias, y reflexivas, de la canción de autor ecuatoriana.

La tutela de la libertad de creación y expresión artística y la canción de autor ecuatoriana

Una de las cuestiones que queremos plantear en el presente trabajo tiene que ver con el hecho de lo que significa incorporar un derecho al texto constitucional puesto que los derechos constitucionales, sin lugar a dudas, “tienen diferentes caras o dimensiones. Pueden concebirse, desde su *dimensión subjetiva*, como derechos de los gobernados frente al Estado; pero también son *principios objetivos* que deben informar la actuación de todos los poderes públicos”⁵⁹⁸ toda vez que, el ordenamiento jurídico y la institucionalidad pública, tienen como objetivo central el garantizar los derechos de las personas que devienen en derechos vitales, desde la perspectiva de un Estado de derechos y justicia en el cual la realización plena de los mismos se expresa en una forma de convivencia social denominada buen vivir.

597 “Contra la canción capitalista y desafiando el canon de belleza del mercado” es una consigna exteriorizada en forma reiterada por el cantautor, poeta, historiador y académico argentino Gabo Ferro (Nota del autor).

598 Juan Silva Meza y Fernando Silva García, *Derechos fundamentales: Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional* (Ciudad de México: Porrúa, 2009), 137.

Pues bien, se hace necesario encontrar la relación entre los preceptos constitucionales, para entender de mejor manera el planteamiento anterior. La constitución ecuatoriana al definir el tipo de Estado⁵⁹⁹ y dice claramente que Ecuador es un Estado constitucional de derechos, lo cual define en forma nítida la centralidad y primacía de los derechos constitucionales en la organización de la convivencia social, lo que según nuestro criterio derrumba el tradicional argumento que las normas constitucionales son simplemente normas programáticas, para reinventar una concepción de Estado, que en teoría resulta absolutamente humanista y vanguardia.

El art. 11, num. 9 de la CRE manifiesta que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, lo que significa que el propio texto constitucional está reconociendo el compromiso de la sociedad en su conjunto para garantizar los derechos a través del Estado. No podemos dejar de señalar que “los derechos constitucionales que no puedan ser concebidos y argumentados como derechos fundamentales, no serían realmente tales sino meros derechos legales”.⁶⁰⁰ Y la idea del texto constitucional ecuatoriano, aunque pueda resultar utópico, ha sido construir toda la legitimidad del Estado, sobre la garantía de la plena realización de los derechos de las personas.

El sistema nacional de inclusión y equidad social, contemplado en la Constitución, se define como el “conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”.⁶⁰¹

Esto es que el quehacer público está construido alrededor de los derechos y la realización de estos es su razón de ser, lo cual va a manifestarse en forma práctica en el proceso de construcción constante del *sumak kausay* o buen vivir, que “requerirá que las personas, comunidades, pueblos, y nacionalidades, gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”.⁶⁰²

Los derechos se resguardan a través de las garantías constitucionales, que son mecanismos de protección, seguridad y auxilio, que según

599 El art. 1 de la CRE manifiesta que: “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (Nota del autor).

600 Rodolfo Arango Rivadeneira, *El concepto de los derechos sociales fundamentales* (Bogotá: Legis, 2012), 33.

601 Art. 340, inc. 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

602 Art. 275, inc. final de la Constitución de la República del Ecuador.

la Constitución ecuatoriana son de tres tipos: garantías normativas, políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, y garantías jurisdiccionales,

Adicionalmente a estas, se consideran como garantías jurisdiccionales de fuente jurisprudencial los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales, que “se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existieran mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para la protección de todos los derechos constitucionales”.⁶⁰³

Desde la óptica del buen vivir, a estas hay que sumar:

Las instituciones del Estado, que en teoría en nuestro tipo de estado constituyen garantías institucionales.

El Régimen del buen vivir, puesto que el “Ecuador, como país andino, construye los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, sobre un concepto y visión del mundo nacido en las antiguas sociedades de la región de los Andes sudamericanos: el Buen Vivir es el Sumak Kawsay”.⁶⁰⁴

El Régimen de desarrollo, ya que como explicamos anteriormente, el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.

Con el nuevo modelo de Estado la centralidad del poder está en los derechos de las personas y los límites se encuentran en la Constitución material. Es decir, la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, de tal forma que se conjuguen estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. En la nueva constitución, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos de las personas, es decir los Derechos someten al Estado, debido a que la aplicación del derecho en un estado Constitucional es la realización de la justicia. No pueden existir reglas en las leyes que se contrapongan al propósito de no desmejorar las condiciones de quien se encuentra en mayor grado de vulnerabilidad.⁶⁰⁵

Lo que quiere decir que bajo esta perspectiva de centralidad y priorización de los derechos, es lógico que la efectiva tutela de la libertad de creación y expresión artística, tome como punto de partida su inclusión en el texto constitucional, pero se requiere de un conjunto de condiciones

603 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 001-10-PJO-CC / caso No. 0999-09-JP.

604 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo de Ecuador, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017* (Quito: SENPLADES, 2013), 16.

605 Wilton Guaranda Mendoza, “Facultades y limitaciones legales en el Ecuador para el desarrollo de actividades extractivas en áreas protegidas” (Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH), http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=214:facultades-y-limitaciones-legales-en-el-ecuador-para-el-desarrollo-de-actividades-extractivas-en-areas-protegidas&Itemid=126, consulta: 23 de noviembre de 2014.

efectivas que posibiliten su realización de manera adecuada. Creemos que el simple reconocimiento de esta libertad cultural, por sí misma no es suficiente, si el Estado no garantiza los diversos aspectos que entran en juego, para que garantizar su real ejercicio.

La experiencia histórica demuestra que las restricciones a las libertades artísticas pueden originarse en las leyes y normas del propio Estado y es muy probable que esto ocurra en Ecuador con la aplicación antojadiza de ciertas normas infracostitucionales que pudieran afectar a la libertad de creación y expresión artística, o el ejercicio de esta y otros derechos y libertades culturales a los artistas y muy puntualmente a cantautores, trovadores, bardos y canta escritores.

En atención a las especificidades de su arte, creemos que deberían prevalecer los principios *preferred freedoms* y de no restricción de los derechos y las libertades culturales, ya que bajo ninguna consideración la legislación secundaria, los reglamentos u otros cuerpos normativos podrían apartarse de la lógica constitucional garantista y de la naturaleza Estado constitucional de derechos y justicia; caso contrario y siendo coherentes con nuestro análisis, se estaría vulnerando la libertad de creación y expresión artística, y las garantías normativas habrían degenerado en algo totalmente ajeno a la promesa constitucional, en función de los dictados del poder.

La libertad de creación y expresión artística de los cultores de la canción de autor, también puede verse afectada como resultado del temor a la coacción física o económica, frente a lo cual y en nuestro sistema vigente, se requerirá una intervención del Estado para equilibrar la situación, observando en la interpretación el principio *favor debilis*.⁶⁰⁶

Siendo plenamente conscientes que la libertad de creación y expresión artística, no es un derecho absoluto, creemos que las restricciones a su ejercicio que deben ser razonables, proporcionales y coherentes, y ante todo deben estar formuladas con precisión suficiente para no generar escenarios de discrecionalidad, abuso o corrupción.

Además, para tutelar adecuadamente no debería existir en Ecuador órganos de censura previa, en atención a los estándares internacionales establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estima que los Estados deben “abolir la censura de actividades culturales

606 “Miles y miles de artistas y pensadores aislados, cuyas voces son ahogadas por e lodioso tumulto de los falsificadores regimentados, están actualmente dispersos por el mundo. Toda tendencia progresiva en el arte es acusada por el fascismo de degeneración. Toda creación libre es declarada fascista por los estalinistas. El arte revolucionario independiente debe unirse para luchar contra las persecuciones reaccionarias y proclamar altamente su derecho a la existencia.” Manifiesto por un arte revolucionario independiente, México, 25 de julio de 1938, en http://sergiomansilla.com/revista/aula/lecturas/imagen/manifiesto_por_un_arte_re.pdf, consulta 7 de agosto del 2017.

que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión. Esta obligación está íntimamente relacionada con el deber de los Estados parte, en virtud del párr. 3 del art. 15, de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora".⁶⁰⁷ Lo que significa que por ejemplo la censura previa deberá ser una medida excepcional y de *ultima ratio*, adoptada únicamente para evitar daños graves irreparables y estar debidamente fundamentadas.

Quienes estén encargados de adoptar decisiones, incluidos los jueces, al hacer uso de su potestad para señalar límites a las libertades artísticas, en especial la libertad de creación y expresión artística deben obligatoriamente considerar esencia de la naturaleza de la creación artística así como el derecho de los artistas a disentir, criticar, ironizar, o cuestionar utilizando su obra en contraposición al discurso de los poderes dominantes y a expresar su pensamiento y cosmovisión del mundo y la realidad; en este ámbito la utilización de lo imaginario, lo fantástico, lo ficticio, novelesco, o surreal, debe ser interpretado, apreciado y tutelado como elemento para la libre actividad creadora.

Se hace necesario garantizar el derecho de acceso al espacio público, pues la forma más frecuente de impedir la libre expresión de la creación artística en Ecuador, es poner obstáculos para dificultar el acceso a dicho espacio, y así desestimular la participación de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores en la vida cultural de la comunidad, dejando en la práctica los principios constitucionales sin efectividad e imponiendo sobre ellos generalmente decisiones de carácter administrativo, muchas veces unilaterales y despóticas

Para garantizar la libertad de creación y expresión artística en Ecuador, se requiere de mecanismos idóneos y eficaces que permitan que el acceso al financiamiento público sea un derecho y no una facultad del burócrata de turno, para ello los organismos públicos deben brindar el respaldo financiero a las expresiones artísticas, especialmente a aquellas que no atraen a los patrocinadores empresariales, a través de diversos sistemas que permitan que el arte y la cultura tengan un espacio, y que no toda la oferta pública se base en la diversión, la jarana, y lo trivial.

Las decisiones de carácter económico tomadas por estos órganos deben ser motivadas y susceptibles de recurso, pues en Ecuador la mayoría de decisiones que se toman en este ámbito son únicas, de carácter inapelable, y dejan al actor cultural en la más absoluta indefensión; un caso de estos fue la decisión de dejar sin financiamiento por parte del Ministerio

607 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ONU, Observación General n.º 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del PIDESC, párr. 49.

de Cultura al Encuentro Internacional de la Canción de Autor EICA, impulsado por la Red Ecuatoriana de Trovadores, quienes no tuvieron ante que instancia acudir frente una decisión bastante polémica y desacertada.

La Red Ecuatoriana de Trovadores, en un comunicado público señaló:

Los productores generales del Encuentro dejamos constancia de que hemos expresado formalmente ante la Ministra de Cultura y su Viceministra nuestro total desacuerdo frente a su decisión. Hemos agotado mecanismos de diálogo posibles y propuesto medios alternativos para solucionar el error cometido a través de la Subsecretaria Técnica y la Viceministra, los cuales no dieron resultado efectivo alguno.

Agotados todos los medios, nos vemos obligados a hacer esta primera divulgación de los hechos ante la opinión pública, como una forma clara de mostrar otro dato que evidencia la poca claridad de criterios de las actuales Ministra y Viceministra de Cultura.⁶⁰⁸

La respuesta del Ministerio de Cultura de Ecuador, se hizo por medio de un escueto comunicado que informó que el evento de canción de autor, se había ubicado en el lugar 51 con un puntaje de 83, 67, razón por la cual dicha cartera de Estado estimó que el veredicto del Comité Externo de Evaluación, Calificación y Selección se respetó, argumentó que se trató de un proceso transparente y democrático, que fue llevado adelante por reconocidos profesionales de la gestión cultural, y que se emplearon instrumentos técnicamente elaborados y validados. Sin embargo jamás consideró si la decisión ministerial estaba vulnerando derechos culturales, a través de una interpretación por lo cual el derecho de acceso al financiamiento público de la cultura queda sometido al criterio de un grupo de personas, con la capacidad de pronunciar un fallo inapelable, lo cual es absolutamente inadecuado y desfavorable, cuando se trata de tutelar derechos.

Son también mecanismos de restricción de la libertad de creación y expresión artística, los obstáculos que ponen a los viajes de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, pues impiden que su creación pueda mostrarse; pero también atenta contra esta libertad cultural el hecho de que sea únicamente un grupo de artistas nacionales, generalmente vinculados con el pop o la música vernácula, quienes permanentemente sean promocionados a nivel nacional e internacional por el Estado, en tanto que otros artistas, muchos de ellos provincianos, jamás son tomados en cuenta, lo cual evidentemente significa una forma de discriminación y una vulneración de sus derechos y libertades culturales, originada justamente por quienes tienen la obligación jurídica de garantizar la igualdad material y

608 El Comunicado de la RET con fecha 26 de octubre de 2011, está firmado por los artistas Fabián Meneses Massuh y Fabián Jarrín A. representantes del colectivo de trovadores. Una copia del mismo reposa en los archivos personales del investigador. (Nota del autor)

la igualdad de oportunidades, principios consagrados en la Constitución vigente. A esto se suman la actitud de los patrocinadores, ya sean estatales o privados, que esperan el servilismo y sumisión del artista.

En lo que tiene relación con las políticas culturales estatales, como garantías de derechos estas deberían tener en cuenta las libertades artísticas, en particular cuando determinan los criterios para la selección de los artistas o instituciones que recibirán apoyo del Estado y cuando establecen los órganos encargados de la asignación de auspicios y subvenciones, así como sus decisiones, instrucciones y reglamentos.

Para ello es imperativo que el sistema de derechos constitucionales y sus diversas garantías funcionen, y que el efecto de irradiación de los preceptos constitucionales, llegue a todos las esferas de la sociedad, en especial de lo público, de modo que sea capaz de evitar que los poderes económicos, políticos, culturales, comunicacionales, etc., ejerzan influencias indebidas y arbitrarias con el propósito de coaccionar y presionar a los artistas en especial en el caso de aquellos que como los cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, expresan una posición política, filosófica, crítica o reflexiva en sus trabajos. De hecho, cuando las autoridades estatales amenazan o condicionan el apoyo financiero a ciertos artistas o proyectos privilegiando a quienes son cercanos a sus afectos, intereses ideologías o simpatías, evidentemente se estaría incurriendo en una violación de la libertad de creación y expresión artística.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual el ser humano está sobre el mercado, los artistas deben estar protegidos por mecanismos efectivos, eficaces e inmediatos frente a toda censura ejercida por el mercado, más aún cuando se quiere impulsar en el país industrias culturales, muchas de las cuales en algún momento van a fundamentalmente a estar ante todo orientadas a la búsqueda y obtención de lucro.

Por otra parte, consideramos que desde el Estado se deben tomar todas las medidas adecuadas para que las artes y los artistas no se conviertan en meros anunciantes ni de los intereses empresariales, ni parte de las campañas de imagen del gobierno, para así garantizar su independencia y no afectar la libertad de creación y expresión artística.⁶⁰⁹

609 La militancia del reconocido cantautor Hugo Idrovo en favor del Gobierno de Alianza País generó muchas críticas contra su persona, al respecto el periodista Roberto Aguilar en una carta pública manifestó: "La misma canción que cantas en las tribunas de los actos oficiales donde no esperan de ti otra cosa que no hayan esperado antes de Pueblo Nuevo. No es delito, desde luego, estás en tu derecho de hacerlo. Pero para quienes te hemos admirado a lo largo de tantos años resulta doloroso ver a un artista de tu tamaño rebajarse con tanta convicción y orgullo al cachuelismo de la música por encargo, de la propaganda ideológica pura y dura. Como Pueblo Nuevo. [...] Hugo, la gente percibe que en tu salario (el tercero más alto del

La autonomía de los artistas, aspecto central para la plena garantía de la libertad de creación y expresión artística, solamente puede estar protegida y asegurada, garantizarse, mediante adecuados mecanismos de financiación, equilibrio adecuado entre el rol de los sectores público, privado, y tercer sector, de modo que se puedan abrir espacios favorables para la creación artística.

Los creadores requieren que sus ingresos por concepto de derechos de autor y sus actuaciones artísticas sean debidamente protegidos, inclusive esta garantía debe cuidarlos frente a las propias Sociedades de Gestión de Derechos, como el caso de Sociedad de Autores y Compositores de Ecuador SAYCE,⁶¹⁰ que no son propietarias ni de las obras ni de los artistas, que siempre deberán mantener incólume sus derechos y libertades culturales.

En cuanto a las condiciones de vida y de desempeño de su quehacer artístico, cantautores, trovadores bardos y canta escritores requieren de un entorno exento de miedo y de inseguridad, para gozar efectivamente de su libertad de creación y expresión artística.

Consideramos que para garantizar adecuadamente la libertad de creación y expresión artística, los Estados deberían garantizar la participación de los artistas independientes, y de los representantes de los colectivos y asociaciones de artistas en la adopción de decisiones relacionadas con el arte, e inhibirse de realizar designaciones y nombramientos a administradores, directores u otros similares en las instituciones culturales sobre la base de su afiliación política, religiosa o empresarial, promulgar y vigilar el adecuado cumplimiento de leyes antimonopolio en el sector de la cultura y los medios de comunicación, garantizar la seguridad social y condiciones laborales adecuadas para creadores y artistas, cuestión quede algún modo toca la Ley Orgánica de Cultura, pero cuya implementación deberá hacerse con criterios técnicos y solidaridad, y apoyar la salvaguardia de la supervivencia de los espacios culturales y artísticos independientes.

ministerio de Cultura, muy por encima de tu rango) hay una desproporción que alguien tiene que explicar. Y tiene derecho a indignarse porque estamos hablando de plata pública. Eso, así como tu doble papel de funcionario y artista tarimero del gobierno son temas que conciernen a la sociedad. Y no basta con indignarse, descalificar a los críticos, tratarlos de “don nadie”, de “gente que ha perdido el control” y está “dominada por la mediocridad, el odio y la envidia”. No basta con acudir a todo el repertorio de negaciones aprendidas del presidente de la República.” Puede leerse en la página web de 4 pelagatos <http://4pelagatos.com/2016/02/02/a-hugo-idrovo-en-primera-persona/>, consulta: 4 de febrero de 2016.

610 La Sociedad de Autores es una entidad de gestión colectiva, que administra los derechos de los autores y compositores sobre sus obras musicales. SAYCE no es una entidad gremial, sino una Sociedad de derecho privado, sin fines de lucro, legalmente constituida, miembro de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores. (Nota del autor)

Además, es indispensable documentar sistemáticamente las violaciones del derecho a la libertad de creación y expresión artística, que lamentablemente en Ecuador pasan desapercibidas, dejando acreadores y artistas en la indefensión, desprotección y desamparo, y presentar informes sobre esta temática a los órganos nacionales e internacionales competentes.

La complejidad del derecho a la libertad de creación y expresión artística, requiere de la operación conjunta de aquellas garantías tanto normativas como jurisdiccionales, políticas culturales públicas, servicios públicos y de participación que el Estado debe implementar, para respetar, promover y garantizar este derecho de libertad, ya que no podemos olvidar que:

Una amplia gama de agentes pueden crear obstáculos o imponer restricciones a la libertad de expresión y creación artísticas. Figuran entre estos los Estados, pero también los agentes no estatales en sus propias esferas de influencia, como los medios de comunicación y radiodifusión, las empresas de telecomunicaciones y de producción, las instituciones educativas, los extremistas armados y la delincuencia organizada, las autoridades religiosas, los líderes tradicionales, las empresas privadas, las empresas de distribución y los comerciantes minoristas, los patrocinadores y los grupos de la sociedad civil, como las asociaciones de padres.⁶¹¹

En consecuencia es indispensable que en Ecuador se realicen evaluaciones nacionales periódicas para verificar la situación de la libertad de creación y expresión artística, reconociendo el carácter multifacético de los obstáculos, impedimentos y limitaciones a las libertades artísticas, ya que aquello nos permitirá comprender mejor las obligaciones del Estado de respetar, proteger y hacer efectivas a través de las garantías pertinentes, los derechos y libertades culturales, recogidos en la Constitución del año 2008, y reconocidos por varios tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, con el propósito de desarrollar buenas prácticas, y fortalecer el Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual la creación artística debe constituirse en uno de los elementos fundamentales en la construcción del buen vivir.

Visión de futuro sobre la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor ecuatoriana

En este estudio se muestra la importancia de los derechos culturales, la complejidad de la libertad de creación y expresión artística, y la vulnerabilidad de los derechos de los creadores, en un entorno que desestima al arte.

611 Shaheed, "Informe de la Relatora Especial", Apartado 44.

El menosprecio al quehacer cultural y artístico ha sido una característica de la sociedad ecuatoriana, realidad palpable a través de la gestión de sucesivos gobiernos que poco o nada han hecho sobre el tema, frente a la impotencia de quienes se dedican a esta actividad. La Constitución vigente en Ecuador trajo inicialmente vientos de esperanza con la promesa constitucional del buen vivir que parecía sugerir que “el arte es un principio y fin del proyecto de la organización social en construcción en Ecuador”⁶¹² anhelo que muy pronto se vería truncado frente al implacable peso de la realidad.

La Constitución de 2008, llamada de Montecristi o del Buen Vivir, finalmente condujo al afianzamiento de un proyecto de carácter estatista y no humanista como se pensaba.

El fortalecimiento del Estado implementado como una respuesta al supuesto abandono del mismo, durante los años en que se ensayaron en el país políticas neoliberales con resultados catastróficos, argumento que ganó el respaldo de toda sociedad ecuatoriana, en especial de la izquierda, e inclusive de los pocos libertarios sinceros y pragmáticos que saben que en ciertos momentos se pueden tolerar algunas instituciones del Estado siempre y cuando existan los mecanismos que permitan su integración y control desde una participación popular amplia y más efectiva; enfoque que no es una contradicción sino que procede de una evaluación, conveniente para el bienestar general; eso sí jamás podemos caer en la trampa de creer en la existencia de un estado popular o democrático, pues sabemos que el Estado por su naturaleza siempre será la herramienta del poder para la dominación; en consecuencia el Estado desde la lógica constitucional puede constituirse garante o vulnerador de los derechos y libertades culturales.

Luego de haber transcurrido algunos años desde la vigencia de la llamada Constitución del buen vivir en Ecuador, el panorama es desalentador:

¿Quién dice la Constitución? No la dice el arte o los brotes histéricos de una masa, no lo dice el espacio público hartado y pálido, la dicen los expertos, los tribunales deliberando sobre un proceso súper sofisticado en espacios cerrados. Así, el texto es también donde la anomalía se conjura, donde la aporía se resuelve y la paradoja se aplasta. El discurso opera para filtrar la verdad, para adelgazarla hasta proporciones manipulables en la palabra pero, sobre todo, el discurso de los expertos nos fija a cada quien el lugar a ocupar dentro del proceso, nuestra espacio vital o peor aún, nuestra carencia como sujetos, nuestros seres incompletos, imperfectos que tienen que abrazar la salvación de la ley para ser, para existir.⁶¹³

612 Restrepo, coord. *Derecho al arte*, 13.

613 Restrepo Sanín, *Teoría crítica constitucional*, 115.

Definitivamente la promesa constitucional va difuminándose en medio de maniobras, simulaciones y argucias, y poco a poco, la gente pierde la fe en aquel documento jurídico-político redactado en Montecristi, que aunque pueda resultar esperanzador en ciertos párrafos, su aplicación en la praxis ha sido decepcionante, porque al final únicamente significó un reacomodo en las relaciones de poder, pero la dominación se mantuvo incólume.

En consecuencia, ¿qué es lo que realmente quiere el Estado garantizar, cuando la Constitución recoge la libertad de creación y expresión artística? ¿Está la sociedad ecuatoriana a través del Estado lo suficientemente consciente de lo que significa haber integrado los derechos y libertades culturales al catálogo de derechos constitucionales? ¿Está el Estado dispuesto a asumir su responsabilidad o se trató simplemente de un momento de euforia constituyente? Las respuestas posiblemente rozan los inciertos territorios de la conjetura, pues aunque existe una realidad normativa y doctrinaria, la praxis es absolutamente distinta.

El sistema jurídico ecuatoriano no ha cambiado en su esencia a partir de la vigencia de una Constitución publicitada como progresista, y de un Estado constitucional y democrático de derechos y justicia, se espera que con la incorporación de las libertades culturales, entre ellas la libertad de creación y expresión artística, en el texto constitucional y en las normas infraconstitucionales a ser aprobadas, paradójicamente se podría conducir a un modelo en el cual “ante todo se trata de aprisionar las múltiples posibilidades de la libertad pura para forzarlas a pasar por el ojo de la aguja de la disciplina social”.⁶¹⁴

Cuesta creer que al final las cosas se confundieron maliciosamente y que el Estado de derechos dejó de ser un Estado cuya razón de ser sería la tutela y promoción de la dignidad humana, para convertirse en un Estado que expropió los derechos a los ciudadanos para convertirse él mismo en el único titular de derechos, lo cual sin lugar a dudas es una aberración puesto que los Estados no tienen derechos sino que ejercen facultades o atribuciones, en atención a su naturaleza.

La oportunidad de que los derechos y libertades vinculadas al arte sean tomados en serio, aún se encuentra escrita en el texto constitucional, aunque en la práctica resulta sumamente difícil en el país, especialmente cuando no está en la mente de gobernantes, legisladores, académicos y juristas, ya que el prejuicio de que el arte es trivial y nimio está latente, y aunque lo queramos disimular con alocuciones calculadas, finalmente la

614 Michael Onfray, *Antimanual de filosofía* (Madrid: EDAF, 2007), 131.

tutela del arte y la cultura, y su aprecio como actividad significativa para las personas, la sociedad y el buen vivir, llega a parecerse a la historia del traje invisible del emperador,⁶¹⁵ puesto que vivimos inmersos en una situación de disimulada ignorancia colectiva, y aunque los involucrados estén plenamente conscientes de tal condición, se callan y fomentan en las mayorías, la negación de una realidad que resulta evidente, sin querer reconocer que

el derecho es un forma de hacer cosas con palabras, “es performance y en tal sentido no se encuentra demasiado lejos del “game show” de televisión, la telenovela o cualquier otro ritual en términos de espectacularidad, forma y falta de sustancia”,⁶¹⁶ sin olvidar ni un instante que el mismo constituye la más antigua de las “ciencias de las leyes para someter y hacer obedecer.

En ese orden de ideas, la creencia (cínica) sostiene la fantasía (jurídica) que regula nuestra realidad social. Lo que llamamos “realidad Jurídica” se apoya en un cierto “como sí”, y en cuanto se pierde la creencia, la trama de la realidad misma se desintegra. Actuamos como si creyéramos en la omnipotencia de la burocracia, como si el presidente encarnara la Voluntad del Pueblo, como si la ley fuese racional y estuviese soportada sobre un ambiente axiológico constitucional, como si el juez fallara siempre derecho.⁶¹⁷

Las garantías de los derechos constitucionales, aunque no quiera reconocerse oficialmente, son consideradas *costes sociales*, y entonces encontramos que existe una tendencia a priorizar la atención de bienes necesarios para sobrevivir, y muchas veces se olvida de las necesidades intelectuales y espirituales de los seres humanos, por construir sociedades en las cuales existan condiciones materiales concretas para tener una vida digna. Es entonces cuando se presenta como un gran reto para el derecho y al arte en el futuro inmediato, explicar a la conciencia social, que la lucha por los derechos y libertades culturales no significa sacrificar la satisfacción inmediata de las necesidades materiales elementales, sino que se proyecta hacia una lucha por mayor dignidad, por tanto las garantías a los derechos, no solamente deben ser aquellas contempladas en un cuerpo normativo, muchas veces otorgadas por la benevolencia del poder, sino que deben ser el resultado de las luchas por la emancipación de las personas, las colectividades y los pueblos y por tanto deben ser políticas, sociales, económicas, normativas, jurisdiccionales, institucionales, y de participación, y deben estar diseñadas para resguardar la totalidad de los derechos incorporados

615 Hans Christian Andersen, *El traje nuevo del emperador*, trad. María Victoria León (Madrid: Everest, 2005).

616 Guardiola Oscar y Ricardo Sanín, En fin es el fin: Estudio introductorio del libro de Costas Douzinas, *El fin de los derechos humanos* (Bogotá: Legis, 2008), 73-4.

617 Daniel Flores Muñoz, “El sublime objeto del derecho moderno: Un jurista llamado Slavoj Žižek”, *International Journal of Žižek Studies* 5, n.º 4 (2011): 5 y 14.

al texto constitucional y reconocidos en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es más, la organización social debería avanzar hacia un constitucionalismo cultural libertario, en el cual la organización de la sociedad condicione que gestión de lo político esté regida por las decisiones dictadas por la soberanía popular mediante estructuras asamblearias, que permitan la representación y minimicela delegación, sin perder de vista el hecho de que ciertas cuestiones pueden requerirla en determinadas circunstancias puntuales, lo que vendría de algún modo a viabilizar la fórmula de gobernar obedeciendo, cuya fuente de inspiración evidentemente está en los postulados neozapatistas;⁶¹⁸ el establecimiento de mecanismos de control de las personas encargadas de la ejecución de los acuerdos asamblearios y su implementación, a través de la rendición de cuentas, la transparencia y la revocabilidad de los mandatos; el respeto de principio de subsidiariedad, para que las decisiones sean tomadas en el nivel jerárquico más bajo y sean de obligatorio cumplimiento, dotando de la máxima autonomía posible a todo colectivo, para que este solidariamente y en cuestiones muy puntuales puedan hacer una cesión equitativa de su autonomía; todo lo cual significa repensar en la organización social en su conjunto.

Lo que ocurre es que no es verdad que la simple existencia de una norma de carácter constitucional garantiza por sí misma los derechos y libertades, o en el caso concreto de nuestro estudio la libertad de creación y expresión artística, y menos aún que esté tutelando el trabajo de artistas críticos como son cantautores, trovadores, bardos y canta escritores, ya que a más de las limitaciones económicas, y la falta de voluntad política, las coordinadas culturales desde las cuales se están enfocando los derechos y libertades culturales en el país son bastante reducidas, al punto que su justiciabilidad es una contingencia en la cual, el poder siempre tiene las de ganar.

Creemos que en la hora presente y de cara a la realidad que estamos enfrentando, los creadores, artistas e intelectuales ecuatorianos, están llamados a asumir la tarea de defender los derechos y libertades culturales, empezando por entender que el “Contextualizar los derechos como prácticas sociales concretas nos facilitaría ir contra la homogeneización, invisibilización, centralización y jerarquización de las prácticas institucionales

618 “Y vemos que hay que cambiar y que manden los que mandan obedeciendo, y vemos que esa palabra que viene de lejos para nombrar la razón de gobierno, de ‘democracia’, es buena para los más y para los menos”. Palabras del subcomandante Marcos en un discurso pronunciado el 26 de febrero de 1994. Puede leerse en la página web de memoria política de México http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/7CRumbo/1994-Mandar_obedeciendo.html, consulta: 2 de enero de 2017.

tradicionales”⁶¹⁹ pues la “defensa de la adjudicación constitucional y el núcleo duro y progresista de los derechos ha sido incapaz de detener los ímpetus de autoridad de los nuevos desicionistas y los Ejecutivos Fuertes”.⁶²⁰

No hay que olvidar algo que ya se planteó al inicio del presente trabajo: el arte libre es ácrata, crítico, confrontativo, e insumiso, por ello la verdadera razón de la inclusión del derecho constitucional a crear y expresar arte, no es el garantizar una libertad cultural, sino alcanzar la sujeción de la libertad de creación y expresión artística a la razón del derecho, pues bajo argumentos realistas, pragmáticos, o por razones de Estado, las reivindicaciones son confinadas por los gobiernos, al rol baladí de simple retórica constitucional sin trascendencia.

La visión de futuro que proponemos es superar las simplificaciones que reducen a los derechos y libertades culturales a una categoría menor, y confrontar los intentos totalitarios, la moral social engañosa, las insuficiencias de las leyes restrictivas, y sus propias limitaciones. No podemos negar que la libertad de creación y expresión artística tiene su campo de batalla en lo simbólico, el plexo iusaxiológico de la sociedad, los aparentes problemas de indeterminación, las complejidades de concreción, y la construcción de los seres humanos; aunque aquello constituye la dialéctica de los derechos que rebasa la austera contabilización de reglas que caracteriza al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ante las pretensiones de supremacía del poder que intenta absorber por todos los medios para imponer una cultura legal homogénea y funcional, las reivindicaciones libertarias del arte disputan un espacio y un impulso dinámico desde su potencial autocreativo, y entonces la irrupción del mundo de la imaginación en medio del mundo positivista empírico, empieza un combate en el cual la utopía social demanda la promesa constitucional, y el pragmatismo de la realidad entra en crisis.

La raíz de la libertad de creación y expresión artística es un desafío para la los saberes jurídicos, para el mito de las sociedades perfectas, para el Estado que se cree omnipotente, para el poder avasallante, para el deseo legalizado, y pánico ante la inseguridad, porque como dice Stéphane Hessel, en su manifiesto ¡Indignaos!: “Crear es resistir, resistir es crear”.⁶²¹

En medio de una práctica jurídica tradicionalista y nada innovadora, los defensores del pragmatismo siguen considerando que apostar por la defensa de los derechos y libertades culturales es una insensatez o al menos una excentricidad; sin embargo, quienes creemos aún en el ser humano y en su capacidad de imaginar un mundo mejor, seguiremos resistiendo.

619 Herrera Flores, <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/338.pdf>, consulta: 17 de julio de 2015.

620 Guardiola y Sanín, *En fin es el fin*, 31.

621 Hessel Stéphane, ¡Indignaos! (Barcelona: Destino, 2011), 41.

Conclusiones

Al finalizar el presente estudio y recapitulando lo analizado, se presentan nuevos puntos de partida, nuevas preguntas, y nuevas problemáticas que sin lugar a dudas conducirán a otras consideraciones; sin embargo y de forma provisional se plantean algunas reflexiones:

La tarea de configuración del derecho de libertad de creación y expresión artística es de capital importancia para resguardar una dimensión trascendental de la dignidad humana

Configurar significa dar determinada composición, forma o figura a una cosa, por ello en el presente estudio se ha tratado de fortalecer la idea de que la libertad de creación y expresión artística, al ser un derecho de carácter cultural, no se la puede concebir de manera aislada del conjunto de derechos constitucionales, pues todos y cada uno de ellos tiene un vínculo que los amalgama, como lo determina el art. 11, num. 6 de la Constitución ecuatoriana que manifiesta que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

La libertad de creación y expresión artística tiene su origen en el valor libertad al que se añaden los de igualdad y solidaridad, por tratarse de una manifestación de la dignidad humana intrínseca que es su fundamento connatural; de tal modo que esta libertad cultural por razones de eficacia, eficiencia y efectividad, precisa de una concepción adecuada, unitaria y coherente.

La configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística constituye un trabajo hermenéutico a través de la cual se pretende dotarla de ciertos contenidos teóricos atendiendo a las particularidades de la misma, y entendiendo las diversas dimensiones y texturas del trabajo intelectual que van desde la carga emotiva del lenguaje de los derechos, hasta la vaguedad con la que aparecen redactados en el texto constitucional.

El proceso de configuración de la libertad de creación y expresión artística, resulta bastante complicado debido a la escasa información jurídica

sobre el tema, y al mismo tiempo, por la variedad de enfoques al que son susceptibles los temas relacionados con el arte, lo que ocasiona problemas en la construcción de un discurso sistematizado.

Asimismo, la tarea de entender los derechos y libertades culturales como un subsistema dentro del sistema de derechos constitucionales genera mayores dificultades, cuando su naturaleza emancipatoria choca con las pretensiones de un ordenamiento jurídico que opera como un dispositivo normalizador y homogeneizador en la lógica del control social.

Desde este enfoque se encuentra una serie de circunstancias que hacen de la configuración jurídica de la libertad de creación y expresión artística una labor problemática, y mucho más cuando los derechos constitucionales están redactados de manera genérica y abstracta, y el contenido de los mismos se vuelve ambiguo y nebuloso; existiendo el riesgo constante que con cada interpretación que pudiera hacer la Corte Constitucional en cada caso concreto, intentando ceñir el contenido del derecho constitucional a la realidad, se podría terminar desnaturalizandola esencia misma de esta libertad cultural.

Un tema importante para este estudio, ha sido definir si las normas constitucionales que se refieren a la libertad de creación y expresión artística regulan el ejercicio de la misma o protegen la libertad que permite decidir y elegir libremente sin intervención del Estado ni de terceros; y desde una perspectiva amplia y atendiendo a las múltiples interacciones que caracterizan este derecho de libertad, se ha sugerido que tomando como punto de partida el segundo supuesto, se debería entender que en este asunto en particular, al menos se podría hablar de tres obligaciones jurídicas elementales y concurrentes: una *garantizadora* que abriría la posibilidad de crear espacios exentos de toda intervención arbitraria que pudiera vulnerar el pleno ejercicio de esta libertad cultural y permitiría a los titulares actuar libremente y sin interferencias; otra *participativa* que haría posible la intervención del individuo o colectivo titular de la libertad cultural, para contribuir en la formación de la organización de la convivencia social a través del ejercicio de la ciudadanía cultural y la democracia cultural participativa; y finalmente una *promocional*, con el fin de utilizar todos los recursos disponibles para arraigar en la conciencia colectiva el respeto y cuidado de los derechos y libertades culturales y particularmente de la libertad de creación y expresión artística.

No se debe olvidar que al igual que todos los derechos humanos y constitucionales, la libertad de creación y expresión artística, sirve también para enfrentar al poder, emancipar a las personas y los pueblos, afianzar la solidaridad, reforzar la dignidad humana, e imaginar utopías.

La libertad de creación y expresión artística es un derecho de libertad emergente

Consideramos que la libertad de creación y expresión artística es todavía un derecho emergente⁶²² toda vez que se encuentra en pleno proceso de configuración, a pesar que a nivel constitucional existe ya un reconocimiento de carácter normativo.

El derecho a la libertad de creación y expresión artística radica, al igual que los demás derechos humanos y constitucionales en la dignidad humana, y se expresa en una doble dimensión: a nivel individual como una reivindicación vinculada a la libertad de creación, expresión del pensamiento e información; y a nivel colectivo, como un derecho de los pueblos en ejercicio de su autodeterminación.

A nivel internacional, la libertad de expresión como un derecho humano básico ha sido durante largo tiempo, un tema de debate en el seno de Naciones Unidas, surgiendo a partir del 11 de Septiembre de 2001 preocupaciones en torno a ella en distintas ocasiones y en varios foros, relacionados, sobre todo, con el control político y los sentimientos religiosos.

El primer informe sobre el derecho a la libertad de expresión artística y la creatividad, fue publicado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en marzo de 2013, en el cual Farida Shaheed, Relatora Especial en el ámbito de los Derechos Culturales, abordó las formas multifacéticas en que las libertades indispensables para la expresión artística y la creatividad pueden ser restringidas, evidenciando la creciente preocupación a nivel mundial de que las voces artísticas hayan sido o sean silenciadas a través de diversos medios y formas; e identificando en su informe leyes y regulaciones que restringen las libertades artísticas, así como cuestiones económicas y financieras que tienen gran impacto sobre dichas libertades, haciendo énfasis en el hecho de que las motivaciones para los atentados contra la libertad de creación y expresión artística son a menudo políticas, religiosas, culturales o morales, radican en intereses económicos, o son una combinación de estas.

Resulta oportuno manifestar que el apoyo alrededor del mundo y el seguimiento sistemático de las violaciones a la libertad artística ha sido llevado a cabo principalmente por dos Organizaciones de la Sociedad Civil: *Pen International*, una asociación internacional de escritores fundada en 1921 y *Freemuse*.

622 El concepto de derechos humanos emergentes toma fuerza a partir del primer Foro de las Culturas, con la aprobación del proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes del año 2004 que se aprobó formalmente en Monterrey como Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes en el 2007.

En Ecuador, la reflexión del pensamiento jurídico nacional sobre derechos culturales y específicamente sobre la libertad de creación y expresión artística es aún incipiente, y el interés académico sumamente limitado. El debate sobre derechos y libertades culturales se inició de manera formal en la Asamblea Constituyente del año 2008.⁶²³

La garantía de la libertad de creación y expresión artística tiene una dimensión amplia, pues favorece la igualdad, al mismo tiempo, de proteger la diferencia, por tanto al tiempo que se beneficia a todos los integrantes de la sociedad, también se protege cualquier manifestación cultural desarrollada por una persona, o por un colectivo; es por ello que la especificidad de esta libertad cultural al igual que otros derechos culturales radica en la indeterminación.

La libertad de creación y expresión artística es un derecho de libertad complejo y autónomo

Como se señaló anteriormente, la libertad de creación y expresión artística al ser un derecho en plena consolidación, constituye un derecho peculiar, complejo y autónomo, pero no es parte del derecho a participar en la vida cultural ni es un subgénero de la libertad de expresión en general.

La libertad de creación y expresión artística tiene una íntima relación con la identidad nacional, la creatividad, la innovación, las espiritualidades, el patrimonio cultural y la memoria social; y si bien en materia cultural, a partir de la vigencia de la constitución ecuatoriana del año 2008, se observa un intento por consolidar un nexo mucho más claro entre Estado y cultura, la relación entre Estado y libertad de creación y expresión artística revela tensiones, pues el vigor de esta libertad cultural se manifiesta de forma natural contra la opresión de las instituciones sociopolíticas de dominación, evidenciando un conflicto de interés entre las minorías privilegiadas frente a las reivindicaciones del arte.

Al leer detenidamente el texto constitucional ecuatoriano, se puede ver que en el primer apartado se establecen los caracteres configuradores de la libertad de creación y expresión artística. En la segunda sección se la consagra como un derecho, que el Estado está obligado a promover, y finalmente se llega a reconocer sus frutos como parte del patrimonio cultural.

623 Los derechos culturales en el Ecuador aparecen expresamente garantizados en el art. 377 en la CRE de 2008, que dice en su parte final "Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales". (Nota del autor)

La libertad de creación y expresión artística está constantemente amenazada por tratarse de un derecho libertario y emancipatorio

Existe una realidad incuestionable tanto a nivel nacional como en la esfera internacional: las amenazas a la libertad artística son escasamente notificadas en comparación con las amenazas a los periodistas y a otros profesionales de los medios de comunicación. Un análisis de la lista de Casos de PEN International en el año 2014 indica que aproximadamente 26 practicantes o profesionales de la literatura y autores de canciones fueron detenidos, procesados o perseguidos de alguna u otra forma en 2014 debido a su labor literaria.⁶²⁴

Por sus connotaciones críticas y políticas, libertad de creación y expresión artística, va más allá de la libertad de expresión en general; el arte a través de su creación y libre expresión es capaz de construir y reconstruir la conciencia humana en su integridad, por tanto la libertad de creación y expresión artística, no solo se refiere al derecho de los artistas a crear sino al derecho de todas las a disfrutar libremente de dichas expresiones artísticas, como una práctica de libertad individual y colectiva que reafirma su condición socio vital y humana.

En *The State of Artistic Freedom 2018*, la organización internacional Freemuse, examinó 553 casos de violación de la libertad artística producidos en 2017 y advirtió la emergencia de una nueva cultura global basada en silenciar voces críticas, destacando que en el año 2017, 48 artistas fueron condenados a un total de más de 188 años de cárcel. Es decir, de media un artista por semana resultó sentenciado por expresarse.

Evidentemente los mecanismos usados para vulnerar la libertad de creación y expresión artística, no son fáciles de identificar, pues se enmascaran tras leyes que emplean los gobiernos para arrestar y perseguir a los artistas, de modo que cuanto mas severa es la ley, se vuelva más efectiva para acallar a los otros.

Fue la Constitución portuguesa de 1976, la primera que recoge en la historia a la libertad de creación y expresión artística, incorporándola desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el concepto creación artístico-cultural aparece por primera vez en Ecuador en la Constitución de 1967, pero la libertad de creación y expresión artística, se consolida y aparece finalmente configurada como derecho cultural, en la Constitución ecuatoriana del año 2008.

624 Freemuse. 2014. Violations on Artistic Freedom of Expression in 2014. Copenhagen, Freemuse. <http://artsfreedom.org/?p=8615>, accedido el 28 de junio de 2015, consulta: 3 de agosto 2016.

Los conceptos de Estado de cultura y Constitución cultural deben ser ampliamente debatidos en Ecuador, pues parecería que a partir de la Constitución de 2008, son cuestiones fundamentales que han de ser explicados para dotar de contenidos adecuados y humanistas al buen vivir.

Entre la libertad artística individual considerada en términos generales y el cuidado y fomento del arte que desarrolla el Estado a través de sus políticas culturales y del modelo de gestión, no existe una sinergia adecuada, en razón de ciertas pretensiones opresoras que viene del poder, Ecuador de la hora presente.

Resulta sumamente importante reflexionar sobre la relación entre democracia, y libertad de creación y expresión artística. Desde nuestra experiencia, la propuesta es hacerlo desde la perspectiva libertaria de la realización de los derechos y libertades culturales en relación con dos cuestiones clave que son ciudadanía cultural y democracia cultural participativa como categorías implícitas en la Constitución ecuatoriana vigente, y evitar que los organismos culturales oficiales, se apropien del discurso sobre derechos y libertades culturales, y sobre como ejercer la libertad de creación y expresión artística, ya que desde el poder permite de manera extremadamente limitada la participación democrática en el debate, y la necesaria reflexión y resolución de los problemas jurídicos, políticos y socioculturales de la materia.

Lamentablemente la inclusión del derecho constitucional a crear y expresar arte, pretende no garantizar una libertad cultural, sino alcanzar la sujeción de la libertad de creación y expresión artística a la razón del derecho.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística en la canción de autor tiene un contenido político que la pone en una situación de vulnerabilidad

Políticamente la cuestión del control de la libertad de creación y expresión artística presenta situaciones dramáticas, pues la cesura disfrazada, o la falta de justiciabilidad no siempre son los principales y únicos problemas que debe enfrentar, pues como señalamos anteriormente, en la práctica, son otro tipo de expresiones las que obtienen el mayor grado de protección, y en cuanto a las expresiones de tipo artístico, suelen recibir una protección mucho menor.

Una manifestación artística crítica, contestaría, irreverente, poética, reflexiva, concienical, como la canción de autor, necesariamente va a ser

incómoda para el poder, y sobrevive en espacios alternativos, puesto que al poder que manipula el sistema cultural, no le interesa promover la canción inteligente sufriendo una censura soterrada tanto del Estado como del mercado.

Mientras el contenido social, político, filosófico, o emancipatorio de una canción es más profundo, reflexivo o propositivo, estará menormente garantizada la libertad de creación y expresión artística de su creador, cuestión que podríamos expresar de la siguiente manera:

Sabiendo que:

a= profundidad del contenido social

b= profundidad del contenido político

c= profundidad del contenido filosófico

d= profundidad del contenido emancipatorio

e= contenido de la canción

f= libertad de canción y expresión

g= garantizada

Cumple que:

$$si e > f \Rightarrow a, b, c, d < g \wedge si e < f \Rightarrow a, b, c, d > g$$

Lo que significa que a mayor profundidad del contenido social, político, filosófico, o emancipatorio de la canción, está menos garantizada la libertad de creación y expresión artística; y por otra parte a menor profundidad del contenido social, político, filosófico, o emancipatorio de la canción, estará mayormente garantizada la libertad de creación y expresión artística; lo que significa que el contenido reflexivo, crítico, o político de la canción de autor sitúa a los cultores de este género en una situación de mayor vulnerabilidad en la esfera de la libertad de creación y expresión artística.

Una amplia gama de agentes pueden crear obstáculos o imponer restricciones a la libertad de expresión y creación artística de cantautores, trovadores, bardos y canta escritores: figuran entre estos los Estados, pero también los agentes no estatales en sus propias esferas de influencia, como los medios de comunicación y radiodifusión, las empresas de telecomunicaciones y de producción, las instituciones educativas, los extremistas armados y la delincuencia organizada, las autoridades religiosas, los líderes tradicionales, las empresas privadas, las empresas de distribución y los comerciantes minoritas, los patrocinadores y los grupos de la sociedad civil, como las asociaciones de padres.

A pesar de la prohibición constitucional a la censura, en la práctica existe una censura disfrazada que afecta a la libertad de creación y expresión artística

Diversos grupos de interés buscan regular y controlar las expresiones artísticas que consideran indeseables, y permanentemente las expresiones artísticas, sean libros, películas, géneros musicales o pinturas, son censuradas o atacadas, mientras que sus propios creadores sometidos e inclusive sujeto de sanciones, llevados a juicio, atacados físicamente, encarcelados, raptados o incluso asesinados, de hecho en el año 2014, *Freemuse* registró un número total de 237 ataques y violaciones contra la libertad artística,⁶²⁵ y aunque los efectos de la censura pueden identificarse fácilmente en casos en que los artistas son encarcelados o asesinados, otro tipo de consecuencias tales como las repercusiones sociales y económicas de las restricciones a la libertad de expresión artística y al acceso a ella son sumamente difíciles de verificar o medir; sin embargo hay pocas dudas de que las restricciones a la libertad artística y al acceso a las expresiones artísticas generan importantes pérdidas culturales, sociales y económicas, y generando un entorno inseguro para todos aquellos implicados en las artes, sus públicos, y a toda la colectividad.

Los Estados no proporcionan en su conjunto estadísticas anuales sobre las obras que han sido sujetas a censura previa, prohibidas o suspendidas temporalmente; dada la naturaleza oculta de la autocensura, las estadísticas no ponen de manifiesto cómo los propios artistas se han limitado en las formas ya mencionadas anteriormente.

La censura disfrazada que se ejerce en contra de la libertad de creación y expresión artística, puede ser directa, indirecta, previa o de mercado, dependiendo de la esfera en que se expresan las relaciones de poder, en tanto que la autocensura puede ser explícita, consciente o inconsciente, y la falta de claridad conceptual está llevando a vivir bajo la lupa de censores que se han autoimpuesto la misión de custodiar la moral social desde un cargo público, lo cual crea tensiones con expresiones contestatarias y libertarias como es el caso de la canción de autor.

Existe una falta de justiciabilidad en los casos de violaciones a la libertad de creación y expresión artística en Ecuador

Es una realidad incuestionable la falta de justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística en Ecuador, puesto que no solamente los

625 Freemuse. 2014. Violations on Artistic Freedom of Expression in 2014. Copenhagen, Freemuse. <http://artsfreedom.org/?p=8615>, accedido el 28 de junio de 2015, consulta: 3 de agosto 2016.

afectados se abstienen de presentar sus casos, sino que la cultura jurídica nacional ve estos temas con poco interés, razón por la cual no existe jurisprudencia, ni se han desarrollado las herramientas teóricas para entender la compleja dimensión jurídica de esta libertad cultural.

En algunas ocasiones se sostiene que no existen normas claras para tutelar esta libertad cultural, sin embargo se considera que no pueden existir conflictos normativos en la esfera de la cultura y las artes en Ecuador, pues la aplicación directa de la Constitución con énfasis en los derechos, es perfectamente capaz de dar las soluciones pertinentes a los distintos casos concretos que en la esfera de la cultura y más puntualmente en cuestiones que tengan que ver con el ejercicio pleno de la libertad de creación y expresión artística.

La libertad de creación y expresión artística no es un derecho absoluto, está sujeto a ciertas restricciones puntuales, y no puede ser objeto de censura con la única excepción de las expresiones artísticas que puedan catalogarse como espectáculos públicos. Las restricciones a la libertad de creación y expresión artística, están determinados por el respeto a la propia dignidad humana, sin embargo estos límites no están claros en Ecuador por la ausencia de jurisprudencia constitucional sobre el tema.

El ejercicio de la libertad de creación y expresión artística puede generar tensiones con otros derechos, sin embargo el proteger esta libertad cultural es tan importante para el Estado constitucional y democrático, como el tutelar otros derechos y libertades ciudadanas.

Los encargados de tomar decisiones, en materia de libertad de creación y expresión artística, incluidos los jueces, quienes podrían en cierta forma llegar a tener cierta potestad para imponer limitaciones a las libertades artísticas, deben considerar la naturaleza de la de la creación artística, resguardando el derecho de los artistas a disentir, y contraponerse al discurso de los poderes dominantes, expresando sus propias ideas, creencias y visión del mundo; sin olvidar que el uso de lo imaginario y de la ficción debe ser entendido y respetado como elemento esencial de la libertad indispensable para la actividad creativa.

Además, no se debe olvidar que las garantías a los derechos, no solamente son aquellas contempladas en un cuerpo normativo, muchas veces otorgadas por la benevolencia del poder, sino que deben ser el resultado de las luchas por la emancipación de las personas, las colectividades y los pueblos y, por tanto, deben ser políticas, sociales, económicas normativas, jurisdiccionales, institucionales, y de participación, y deben estar diseñadas para resguardar la totalidad de los derechos incorporados al texto constitucional y reconocidos en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, y esta realidad dinámica y vanguardista no ha sido

hasta el momento debidamente asimilada en el ordenamiento jurídico nacional, con lo cual el problema de la falta de justiciabilidad de la libertad de creación y expresión artística, se mantiene latente.

La libertad de creación y expresión artística de quienes hacen música especialmente de contenido como es el caso de la canción de autor es vulnerada de manera recurrente

Existen diversas formas en que la diversidad musical puede verse amenazada, sobre todo en la música, la globalización trae consigo el poder cada vez más extendido de una música pop relativamente homogénea y patrocinada por Occidente, respaldada por enormes presupuestos en *marketing*, pudiendo desplazar otras expresiones y también las tradiciones musicales locales.

Por su contenido reivindicativo y social, la canción de autor generalmente ha sido objeto de una represión constante a través de toda su historia.

En los últimos tiempos asistimos a una estrategia de ocultamiento, desestima y postergación de esta expresión artística, con el propósito de alcanzar su aniquilación, al convertirla intencionalmente en una manifestación cultural minoritaria y poco rentable, por no ser funcional a las lógicas del poder y del mercado.

Esta indiferencia programada indiscutiblemente es una de las mayores vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística en Ecuador, pues su sistemática aplicación va convirtiendo poco a poco los cultores de la canción de autor nacional, en verdaderos *desaparecidos culturales*.

Existe responsabilidad del Estado frente a las vulneraciones a la libertad de creación y expresión artística

Los tratados e instrumentos de derechos humanos imponen obligaciones a las partes en atención con las disposiciones del mismo, entre ellas las de promover, respetar y garantizar los derechos consignados incluidos los derechos y libertades culturales; eso significa que los Estados tienen una responsabilidad internacional en materia de protección de la libertad de creación y expresión artística, en consecuencia para la realización de la libertad de creación y expresión artística al igual que para todos los demás derechos y libertades culturales, no se trata solo de respetar o no obstaculizar el ejercicio de los mismos, sino primordialmente se trata de que se atiendan las obligaciones positivas que están a cargo del Estado, no debemos olvidar que la libertad de creación y expresión artística, posee un doble componente de

creación y de expresión el cual además debería generar a los Estados la obligación específica de tratar este derecho conforme sus propias especificidades.

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que el ámbito de protección de la libertad de expresión es casi tan extenso como las posibilidades de comunicación entre las personas, incluyendo a la libertad de creación y expresión artística.

Una grave violación a la libertad de creación y expresión artística, eventualmente podría generar responsabilidad internacional al estado, como fue el caso Olmedo Bustos y otros contra Chile, en el caso sobre la censura sobre la película *La última tentación de Cristo*, por el cual Chile fue sancionado por la Corte IDH.

Del mismo modo, todo acto que provenga de un particular o una autoridad y pretenda poner freno al impulso vital del creador vulnerando la libertad de creación y expresión artística, constituye una afrenta a la dignidad humana.

En Ecuador no se hace un seguimiento eficiente a la situación de la libertad de creación y expresión en forma periódica

Ecuador, no cuenta con indicadores básicos y medios de verificación, respecto a las amenazas y violaciones a la libertad de creación y expresión artística; sin embargo, no se trata de un desacierto exclusivo de nuestro país, pues hasta la fecha y a nivel internacional por ejemplo, la protección de la libertad artística no ha sido un tema sobre el cual se les ha pedido comunicar específicamente a las Partes de la Convención de 2005 sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de Naciones Unidas, y es por esta razón que muy poco puede saberse al respecto a partir de la revisión sus Informes Periódicos Cuatrienales.

Si bien el término libertad artística o libertad de creación y expresión artística no es empleado en el texto de la Convención, ese vidente que su propósito principal en atención al primero de sus principios rectores es proteger la libertad de expresión en una variedad de ámbitos relacionados con la cultura.⁶²⁶

Sin embargo, las violaciones a los derechos de los artistas a la libertad de expresión no han sido objeto de seguimiento, documentadas o abordadas sistemáticamente ni por parte de los estados nacionales, y tampoco por

⁶²⁶ El primer Principio Rector del art. 2 de la Convención afirma que “solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales”. Evidentemente la libertad artística es una de estas libertades fundamentales (Nota del autor)

parte de las organizaciones intergubernamentales o las principales organizaciones internacionales de derechos humanos.

En el caso ecuatoriano, y a partir del reconocimiento de la libertad de creación y expresión artística en su texto constitucional, sería óptimo realizar evaluaciones nacionales periódicas para verificar la situación de la libertad de creación y expresión artística, reconociendo el carácter multifacético de los obstáculos, impedimentos y limitaciones a las libertades artísticas, ya que aquello nos permitirá comprender mejor las obligaciones del Estado, pues de nada servirá contar en Ecuador con el reconocimiento normativo constitucional e infraconstitucional de la libertad de creación y expresión artística, si la garantía de este derecho cultural es ineficiente o poco efectiva por falta de interés de los propios actores culturales y por los múltiples pretensiones de dominación.

Las conclusiones anteriormente señaladas revelan la necesidad de implementar estrategias multifacéticas de apoyo a la libertad artística, que vayan desde el apoyo directo a los artistas y actores culturales al fomento de las redes implicadas en la documentación, seguimiento y defensa de la libertad artística, estableciendo plataformas para el diálogo e implementando una normativa que tutele y no restrinja su ejercicio, observando como referencia las normas y estándares universales de derechos humanos.

Documentar y dar seguimiento a la libertad artística es algo fundamental, en el esquema normativo que tenemos en el país, para lo cual se puede tomar como orientación práctica las herramientas de seguimiento de los medios de comunicación existentes, tal es el caso del manual de los Indicadores UNESCO de Cultura para el Desarrollo, como un modelo que podría adaptarse para permitir la evaluación, promoción y protección de la libertad de creación y expresión artística

No basta la simple incorporación de la libertad de creación y expresión artística en el texto constitucional, y en la Ley orgánica de cultura, para creer que su pleno ejercicio está garantizado, pues como hemos analizado el poder pretende controlar y someter esta libertad cultural, despojándole de su esencia libertaria y emancipatoria al encadenarla a la voluntad del derecho.

Según Farida Shaheed, Relatora Especial de las Naciones Unidas en el ámbito de los Derechos Culturales “La expresión artística no es un lujo, es una necesidad: un elemento determinante de nuestra humanidad y un derecho humano fundamental que permite a todos, individual y colectivamente, desarrollar y expresar su humanidad y visión del mundo”.⁶²⁷

627 Palabras expresadas en la presentación del Informe mundial con motivo del décimo aniversario de la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales 2005. (Nota del autor)

Bibliografía

- Abad, Javier. "Usos y funciones de las artes en la educación y el desarrollo humano". En *Educación artística, cultura y ciudadanía*, coordinado por Lucinda Jiménez, Imanol Aguirre y Lucía Pimentel, 17-23. Madrid: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) / Santillana, 2011.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comp. *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Adorno, Theodor W., y Max Horkheimer Max. *Dialéctica de la ilustración: Fragmentos filosóficos*. Madrid: Akal, 2007.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEPC, 1989.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.
- Álvarez Navarrete, Lilian. *Derecho de ¿autor? El debate de hoy*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006.
- Andersen, Hans Christian. *El traje nuevo del emperador*. Traducido por María Victoria Martínez León. Madrid: Everest, 2005.
- Anheier, Helmut, e Isar RajYudhushthir, edit. *The Cultures and Globalization: The Cultural Economy*. Londres: SAGE, 2008.
- Aprill, Arnold, Elise Holliday, Fahari Jeffers, Karuto Miyamoto et al. ¿Puede el arte cambiar el mundo? El poder transformador del arte para fomentar y mantener el cambio social: Una investigación cooperativa de Leadership for a Changing World. Nueva York: Leadership for a Changing World Program / Research and Documentation Component / Research Center for Leadership in Action, 2004.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2012.
- Arjona Estévez, Juan Carlos. "Prohibición de la censura previa: Retos en el siglo XXI". En *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, 951-94. Ciudad de México: UNAM-IIIJ / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Attali, Jacques. *Ruidos: Ensayos sobre la economía política de la música*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1995.
- Ávila, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, eds. *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bakunin, Mijaíl. *Escritos de filosofía política*. Madrid: Altaya, 1994.

- Barraca Mairal, Javier. *Pensar el derecho: Curso de filosofía jurídica*. Madrid: Palabra, 2005.
- Bauman, Zygmunt. *Arte, ¿Líquido?* Madrid: Edic. Sequitur, 2007.
- . *Modernidad líquida*. Ciudad de México: FCE, 2003.
- Beck, Ulrich. *La invención de lo político: Para una teoría de la modernización reflexiva*. Ciudad de México: FCE, 1999.
- Beneyto, Antonio. *Censura y política en los escritores españoles*. Barcelona: Ed. Euros, 1975.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2005.
- Bey, Hakim. *Caos: Los pasquines del anarquismo ontológico*. Madrid: Talasa, 1996.
- . *Caos: Selección de textos de Hakim Bey*, 3.^a ed. Ciudad de México: Edic. Sin nombre, 2012.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Traducido por José Fernández Santillán. Ciudad de México: FCE, 1986.
- Bourdieu, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.
- . *Sobre la televisión*. Barcelona: Anagrama, 2005.
- . *Sociología y cultura*. Ciudad de México: Grijalbo, 1984.
- . *Sociología y cultura*. Trad. por Martha Pou. Ciudad de México: Grijalbo, 1990.
- Buitrago Restrepo, Felipe, e Iván Duque Márquez. *Economía naranja: Una oportunidad infinita*. Bogotá: Puntoaparte Bookvertising / BID, 2013.
- Cappelletti Ángel, y Rama Carlos, comp. *El anarquismo en América Latina*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1990.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Jurídica Cevallos, 2010.
- Carrión Tavárez, Ángel. "La canción de autor como instrumento comunicacional en un contexto educativo intercultural y multilingüe". Tesis doctoral, Universidad de León, España, 2015.
- . *Los derechos del hombre*, 4a. ed. Madrid: Reus, 1992.
- Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.
- Castañeda, Mireya. *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- Cedillo Carrillo, Nathalia. "Producción discursiva desde sujetos subalternos en la contienda política de los años 70 y 80 en el Ecuador". Tesis de Maestría en Ciencias Sociales, con mención en Comunicación. FLACSO Ecuador, 2011.
- Cerda, Carlos. "La utopía del ciudadano", *DebatePaís/2000*, editado por Ana María Saavedra. Santiago: Editorial Cuarto Propio / Universidad de Chile, 2001.
- Chávez Godínez, Luis Gerardo. "Las cinco etapas del proceso creativo". En *Temáticas y técnicas. Guía de apreciación del arte*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, Clifford, Geertz. "Conocimiento local: Hecho y ley en la perspectiva comparativa". En *Conocimiento local: Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, 195-263. Barcelona: Paidós BÆsica 1994.
- . *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- Cohen, Stanley. *Visiones del control social*. Barcelona: PPU, 1998.
- Colombo, Eduardo. *La voluntad del pueblo*. Buenos Aires: Tupac, 2006.

- Córdova Castillo, Luis. "El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo". En *El derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, editado por José E. Palomino Manchego, 563-605. Lima: Editora Jurídica Grijle, 2005.
- Dahl, Robert A. *La democracia y sus críticos*. Buenos Aires: Paidós, 1992.
- Dawkins, Richard. *El gen egoísta: Las bases biológicas de nuestra conducta*. Barcelona: Salvat Editores, 1990.
- De La Iglesia y González de Peredo, Juan Fernando, Sara Fuentes Cid y Martín Rodríguez Caero, eds. *Notas para una investigación artística*. Pontevedra: Universidad de Vigo, 2008.
- Debord, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Traducido por Rodrigo Vicuña Navarro. Santiago de Chile: Edic. Naufragio, 1995.
- De Vergottini, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Trad. por Pablo Lucas Verdú. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.
- Di Lampedusa, Giuseppe Tomasi. *El gatopardo*. Traducido por Rodrigo Vicuña Navarro. Barcelona: Argos Vergara, 1980.
- Doherty, Brian. *Radicals for Capitalism: A Freewheeling History of the Modern American Libertarian Movement*. Nueva York: Public Affairs TM, 2007.
- Donders, Yvonne. "El marco legal del derecho a participar en la vida cultural". En *Derechos culturales y desarrollo humano*, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), 153-70. Madrid: AECID, 2004.
- Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá: Legis, 2008.
- . *Las paradojas de los derechos humanos. Tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Temis, 2010.
- Douzinas, Costas, y Lynda Nead, eds. *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.
- Dubielf, Helmut, Günter Frankenberg y Ulrich Rödel. *La cuestión democrática*. Traducido por María Cándor Orduña. Madrid: Soitarios Solidarios-Huerga y Fierro Editores, 1997.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Traducido por Claudia Ferrari, 2.^a ed. Barcelona: Gedisa, 1992.
- . *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Emory, Elliot, Jasmine Payne y Patricia Ploesh, eds. *Global Migration, Social Change, and Cultural Transformation*. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.
- Escobar Roca, Guillermo. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama, 2005.
- Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- Fernández Sessarego, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1999.
- . *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2004.
- . *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: UEC, 2000.

- Ferrater Mora, José. *Diccionario de filosofía*. Madrid: Alianza, 1980.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, coords., *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Ciudad de México: UNAM-IIJ / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- Fromm, Erich. *El miedo a la libertad*. Buenos Aires: Paidós, 2005.
- Fuentes González Homero, Matos Hernandez Eneida, Montoya Jorge. *El proceso de investigación científica*. Guaranda: Editorial Universidad Estatal de Bolívar, 2007.
- Fumaroli, Marck. *El Estado cultural*. Barcelona: Acantilado, 2007.
- Galán Galán, Alfredo. *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier, 2001.
- Galeano, Eduardo. *Nosotros decimos no: Crónicas 1963/1988*. Madrid: Siglo XXI, 1989.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
- Garrido Gómez, María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Dilex, 2007.
- Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- Gide, André. *El inmoralista*. Madrid: Cátedra, 2007.
- Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado: Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000.
- González Lucini, Fernando. *Crónica cantada de los silencios rotos: Voces y canciones de autor, 1963-1977*. Madrid: Alianza, 1998.
- González Moreno, Beatriz. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid: Civitas, 2003.
- González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- Gottlieb Fichte, Johann. *Discursos a la nación alemana*. Traducido por Luis A. Acosta y María Jesús Varela. Barcelona: Orbis, 1977.
- Guevara Gerardo, *Historia de la música del Ecuador* Quito: Ministerio de Educación y Cultura, 2002.
- Häberle, Peter. *Constitución como cultura: Artículos seleccionados para Colombia*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta-UEC, 2002.
- . *El Estado constitucional*. Traducido por Héctor Fix-Fierro. Ciudad de México: UNAM, 2003.
- . *Verdad y Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM-IIJ, 2006.
- Habermas, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Traducido por Ramón García Cotarelo. Barcelona: Península, 1985.
- . *El discurso filosófico de la modernidad*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Katz, 2008.
- . *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2010.
- . *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*, t. I. Ciudad de México: Taurus, 1987.
- . *Teoría de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista*, t. II. Ciudad de México: Taurus, 1987.
- Heater, Derek. *Ciudadanía: Una breve historia*. Madrid: Alianza, 2007.
- Held, Karl, y Emilio Muñoz. *El Estado democrático: Crítica de la soberanía burguesa*. Buenos Aires: Resultate, 1998.

- Henares Cuellar Ignacio, "Derechos culturales y sociedad moderna. Reflexión histórica sobre el 'Estado cultural'". Discurso de apertura Universidad de Granada, curso académico 2014-2015. Granada: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2014.
- Herrera Flores, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. por Pedro Cruz Villalón. Madrid: CEC, 1983.
- Hessel, Stéphane. ¡Indignaos! Barcelona: Destino, 2011.
- Holloway, John. *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005.
- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Trad. por Stekka Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Jiménez Carlos, y Malgesini Graciela. *Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*. Madrid: La Cueva del Oso, 1997.
- Jiménez, Lucinda, Imanol Aguirre y Lucía Pimentel, coord. *Educación artística, cultura y ciudadanía*. Madrid: OEI / Santillana, 2011.
- Jung, Carl Gustav. *Sobre el fenómeno del espíritu en el arte y en la ciencia*. Madrid: Trotta, 2014.
- Kahn, J. S. *El concepto de cultura textos fundamentales*. Barcelona: Anagrama, 1975.
- Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Alianza, 2004.
- . *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Kropotkin, Piotr Alekseevich. *El Estado y su papel histórico*. Madrid: Fundación de Estudios Libertarios Anselmo Lorenzo, 2001.
- Kundera Milan. *La broma*. Barcelona: Seix Barral, 2001.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Larrea Holguín, Juan. "La Constitución de 1830 y su influencia en la formación de la nacionalidad". En *Homenaje a la República del Ecuador en ocasión del Sesquicentenario de la expedición de su primera Constitución política*. Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales. Quito: IAEN, 1980.
- Lasalle, Fernandín. ¿Qué es una Constitución?, 2.^a ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- . *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1964.
- Lins-Ribero Gustavo, y Arturo Escobar, eds. *Antropologías del mundo. Transformaciones disciplinarias de sistemas de poder*. Popayán: Wenner-Gren Foundation for Anthropological Research / Envió, 2008.
- Maes, Hans, y Jerrrol Levnson, eds. *Antropologías del mundo. Transformaciones disciplinarias de sistemas de poder*. Popayán: Wenner-Gren Foundation for Anthropological Resarch / envío, 2008.
- MacBride, Sean, et al. *Un solo mundo voces múltiples, comunicación e información en nuestro tiempo*. Ciudad de México: FCE, 1984.
- Malem Seña, Jorge F. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.
- Martín Morales, Ricardo. *El derecho al honor en la actividad política*. Granada: Universidad de Granada, 1994.

- Martínez Roldán, Luis, y Jesús Fernández. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Martínez Ocaña, Emma. *Espiritualidad para un mundo en emergencia*. Madrid: NARCEA, 2014.
- Marx, Carlos. *Contribución a la crítica de la economía política*. Granada: Comares, 2004.
- Maturana, Humberto. *Emociones y lenguaje en educación y política*. Santiago de Chile: Hachette / Centro de Educación del Desarrollo, 1990.
- . *El sentido de los humano*. Santiago de Chile: Edic. Dolmen, 1996.
- Maturana, Humberto, y Francisco Varela. *El árbol del conocimiento*. Santiago de Chile: Ed. Universitaria, 1984.
- Maturana Romesin Humberto, y GerdaVerden-Zöllner. *Amor y juego: fundamentos olvidados de lo humano. Desde el patriarcado a la democracia*, 6.^a ed. Santiago de Chile: JC SAEZ, 2003.
- Medinaceli Rojas, Gustavo. *La aplicación directa de la Constitución*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Melossi, Darío. *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y Control social en la conformación de la democracia*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1992.
- Meyer-Bisch, Patricio. "Les droits culturels: une catégorie sous-développée de l'homme; conclusions". En *Les Droits culturels: une catégorie sous-développée de l'homme Actes du VIIIème Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, editado por Patricio Meyer-Bisch, 280-90. Friburgo: Universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Meyer-Bisch, Patricio, ed. *Les Droits culturels: une catégorie sous-développée de l'homme Actes du VIIIème Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*. Friburgo: Universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad (1859)*. Traducido por Pablo de Azcarate con prólogo de Isaiah Berlin. Madrid: Alianza, 1991.
- Miller, Toby. *Cultural Citizenship: Cosmopolitanism, Consumerism, and Television in a Neoliberal Age*. Filadelfia: Temple University Press, 2007.
- . "Culture, Dislocation, and Citizenship". En *Global Migration, Social Change, and Cultural Transformation*, editado por Elliot Emory, Jasmine Payne y Patricia Ploesh, 165-86. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.
- Ministerio de Cultura del Ecuador. *Enfoque conceptual para el proceso de construcción del Plan Nacional de Cultura y de las políticas culturales en el Ecuador, Un camino hacia la revolución ciudadana desde la cultura 2007-2017 (versión preliminar) Un documento para la participación, el diálogo intercultural y la reconfirmación identitaria*. Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2007.
- Montolio, Estrella. *Hacia la modernización del discurso jurídico*. Barcelona: Universitat Barcelona, 2014.
- Morange, Jean. *Las libertades públicas*. Ciudad de México: FCE, 1980.
- Morin, Edgar. *Antropología de la libertad*. Traducido por José Luis Solana Ruiz. París: Ed. Grace, 1999.
- Mota Botello, Graciela Aurora. *Psicología arte y creación*. Monterrey: CAEIP, 2011.

- Muniesa, Mariano. *La caza de brujas: Censura y persecución contra el rock vasco*. Barcelona: Barcelos / Qarentena, 2013.
- Murena, Héctor. *La metáfora y lo sagrado*. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco, 1995.
- Newbigin, John. *La economía creativa. Una guía introductoria*. Londres: British Council 2-Unidad de Economía Creativa, 2010.
- Nieto García, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 1994.
- Onfray, Michael. *Antimanual de filosofía*. Madrid: EDAF, 2007.
- *La construcción de uno mismo*. Buenos Aires: Perfil libros, 2000.
- *Política del rebelde: Tratado de la resistencia y la insumisión*. Buenos Aires: Libros Perfil, 1997.
- Ortega y Gasset, José. *La rebelión de las masas (1930)*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.
- Ovejero de Lucas, Félix. *El compromiso del creador. Ética de la estética*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2014.
- Palomino Manchego, José E., edit. *El derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Lima: Editora Jurídica Grijle, 2005.
- Paoli Bolio, Francisco José. *Teoría del Estado*. Ciudad de México: Trillas, 2009.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, 10.^a ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- *La reina del Sur*. Ciudad de México, 2002.
- Pettit, Philip. *Republicanismo*. Barcelona: Paidós, 1999.
- Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Traducido por J. Jiménez Campo, vol. I. Madrid: CEC, 1984.
- *Curso de derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1987.
- Plaza Penades, Javier. *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1, b) de la Constitución*. Valencia: Tirant lo blanche, 1997.
- Ponce de León, Juana. *Nuestra arma es nuestra palabra: Escritos selectos. Subcomandante insurgente Marcos*. Nueva York: Seven Stories Press, 2001.
- Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2010.
- Prieto de Pedro, Jesús José. *Cultura, culturas y constitución*. Madrid: CEC, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trota, 2005.
- Proudhon Pierre-Joseph. *El principio federativo*. Buenos Aires: Libros de Anarres, 2008.
- Ramírez Gallegos, René. "Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano". En *Los nuevos retos de américa latina: socialismo o sumak kawsay*, 55-76. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), 2010.
- Ramírez-Pimienta, Juan Carlos. *Cantar a los narcos*. Ciudad de México: Temas de hoy, 2012.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: FCE, 1985.
- Real academia de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed. Madrid: S. L. U. Espasa libros, 2014.
- Regan, Tom. *Defendin Animal Rigths*. Chicago: University of Illinois Press, 2001.
- *The Case for Animal Rigths*. Berkeley: University of California Press, 2004.
- Restrepo Sanín, Ricardo, coord. *Derecho al arte en Ecuador*. Quito: IAEN, 2013.

- Restrepo Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*. Quito: CCEPT / CEDEC, 2011.
- Rezsler, André. *La estética anarquista*. Ciudad de México: FCE, 1974.
- Rodríguez, Alejandra, y Gustavo Varela. *Arte, cultura y derechos humanos*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2011.
- Rodríguez Musso, Osvaldo. *Cantores que reflexionan: Notas para una historia personal de la nueva canción chilena*. Madrid: Ed. Literatura Americana Reunida, 1984.
- Rosaldo, Renato. *Cultura y verdad: La reconstrucción del análisis social*. Quito: Abya-Yala, 2000.
- Rothbard, Murray N. *Hacia una Nueva Libertad: El manifiesto libertario*. Buenos Aires: Grito Sagrado, 2006.
- . *The Betrayal of the American Right*. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007.
- Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: EDAF, 2010.
- Saavedra, Luis Ángel, ed. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (Inredh), 2009.
- Sánchez Ferriz, Remedio. *Estudio sobre las libertades*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1995.
- Sanín Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá-Buenos Aires: Javeriana / Ibañez / Depalma, 2009.
- SENPLADES. *Plan Nacional del Buen Vivir, 2009-2013*. Quito: SENPLADES, 2009.
- . *Plan nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES, 2013.
- Serguéi, Alexév. *El socialismo y el derecho: El derecho en la vida de la sociedad*. Moscú: Progreso, 1989.
- Serna, Enrique. *Genealogía de la soberbia intelectual*. Ciudad de México: Taurus, 2013.
- Signorelli, Amalia. *Antropología urbana*. Barcelona: Anthropos, 1999.
- Silva, Erika, Alexis Oviedo y Martha Moncada. *Políticas para una revolución cultural*. Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2011.
- Silva Meza Juan, y Fernando Silva García. *Derechos fundamentales: Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2009.
- Soriano Días, Ramón. *Las libertades públicas*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Sosa, Nicolás Martín. *Ética ecológica. Necesidad, posibilidad, justificación y debate*. Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1990.
- Sousa Santos, Boaventura de. *Derecho y emancipación*. Quito: CEDEC / CCPT, 2012.
- . "Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad". En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, compilado por *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, 63-79. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Spooner, Lysander. *La Constitución sin autoridad. No es traición*. Asunción: Orden voluntario, 2011.
- Stein, Ekkehart. *Derecho político*. Traducido por Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.
- Steiner, Rudolf. *La filosofía de la libertad: Fundamentos de una concepción moderna del Mundo*. Traducido por Blanca S. de Munianún y Antonio Aretxabala. Madrid: Ed. Rudolf Steiner, 1999.
- Storini, Claudia, y José Francisco Alenza García, dirs. *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: CCE, 2013.
- Torrego Egado, Luis Pedro. *Canción de autor y educación popular (1960-1980)*. Madrid: La Torre, 1999.
- Torres del Moral, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*, 3.ª ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de derechos constitucional*, 2.ª ed. Quito: UASB-E / CEN, 2006.
- Turpo Choquehuanca, Aureliano. *Estado pluricultural reto del siglo XXI: Camino hacia la Asamblea Constituyente*. La Paz: Instituto Itinerante de la Resiliencia, 2006.
- Valenzuela Arce, José Manuel. *Jefe de jefes: Corridos y narcocultura en México*. Ciudad de México: Fondo Editorial Casa de las Américas, 2003.
- Varios autores. *La dignidad humana: Filosofía, bioética y derechos humanos*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010.
- Vázquez Rocha, Hernán B., y Teresa González Velásquez. *Música y política. Análisis de una relación en una introducción y tres movimientos*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2009.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano". En Corte Constitucional del Ecuador, edit., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, 9-44. Quito: CCPT, 2010.
- Wilber, Ken. *Breve historia de todas las cosas*. Barcelona: Kairos, 1996.
- Will, Kymlicka. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1992.
- Wong Cruz, Ketty. *La música nacional: Identidad, mestizaje y migración en el Ecuador*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2013.
- Zweig, Stefan. *El misterio de la creación artística*. Barcelona: Sequitur, 2007.

Artículos de publicaciones periódicas

- Acosta, Alberto. "El buen vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi". *Policy Paper*, n.º 9 (2010): 1-43.
- Antequera, José. "Oralidad y difusión poética en la Nueva Canción Latinoamericana", *Voz y Escritura: Revista de estudios literarios*, n.º 16 (2008): 91-111.
- Bidart Campos, Germán. "La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 6 (2002): 4-16.
- Bonfil Batalla, Guillermo. "La teoría del control cultural en el estudio de procesos étnicos". *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas IV*, n.º 12 (1991): 165-204.
- Bossí, Florencia, Dominella Martina y Oliva Josefina, "Una resistencia al genocidio cultural". *La Pulseada* (2015). <http://www.lapulseada.com.ar/site/?p=10048>. Consulta: 21 de junio de 2015.
- Capi Vidal, "Apuntes sobre derecho y anarquismo". *Reflexiones sobre Anarres*, 5 de marzo de 2013. <http://reflexionesdesdeanarres.blogspot.com/2013/03/apuntes-sobre-derecho-y-anarquismo.html>. Consulta: 23 de noviembre de 2015.
- Carbajal, Mariana. "Entre arte y machismo". *Página 12* (Buenos Aires), domingo 17 de febrero de 2013.

- “Carta mundial por el derecho a la ciudad”, *Revista Paz y Conflictos*, n.º 5 (2012). http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3. Consulta: 21 de junio de 2016.
- Carter, Ian. “Libertad negativa y positiva”. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n.º 10 (2010): 15-35.
- Cuchumbé Holguín, Nelson. “Acción comunicativa y organización social, el concepto de derechos en Habermás”, *Criterio Jurídico* 1, n.º 4 (2004). http://www.puj.edu.co/banners/ACCION_COMUNICATIVA.pdf. Consulta: 8 de marzo de 2015.
- De la Torre De la Torre, Saturnino. “Creatividad cuántica: Una mirada transdisciplinar”. *Encuentros multidisciplinares X*, n.º 28 (2008): 1-16. <http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%BA28/Saturnino%20de%20la%20Torre%20de%20la%20Torre.pdf>. Consulta: 10 de julio de 2013.
- De Zubiría Samper, Sergio. “Filosofías de nuestro ethos cultural”. *Revista de estudios sociales*, n.º 1 (1998) (UNIANDES). <http://res.uniandes.edu.co/view.php/27/index.php?id=27>. Consulta: 9 de marzo de 2016.
- Di Filippo, Marilé. “Arte y resistencia política en (y a) las sociedades de control: Una fuga a través de Deleuze”. *Aisthesis*, n.º 51 (2012): 35-56. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-71812012000100003&lng=es&nrm=iso. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-71812012000100003>.
- Eberhard, Christoph. “Más allá de una antropología de los derechos humanos: ¿Los horizontes del diálogo intercultural y del reino de Shambhala? *Revista de Antropología Social*, n.º 19 (2010): 221-51.
- Echevarría, Ignacio. “Apuntes sobre la elite cultural y la crítica”. *Revista UD*, n.º 09P (2012): 148-51.
- Flores Muñoz, Daniel E. “El sublime objeto del derecho moderno: Un jurista llamado Slavoj Žižek”. *International Journal of Žižek Studies* 5, n.º 4 (2011): 1-19.
- Fouce, Hector, y Juan Pecourt. “Emociones en lugar de soluciones. Música popular, intelectuales y cambio político en la España de la transición”. *Revista Transcultural de Música*, n.º 12 (2008). Edición electrónica.
- Fowler, Julio. “A propósito de Mala Vista Anti Social Club: Algunos desacuerdos”. *Revista Encuentro de la Cultura Cubana*, n.º 33 (2004): 255-63.
- Fuentes Pinzón, Fernando. “La protección del autor de obras plásticas en Venezuela”. *Revista de Ciencias Sociales XIII*, n.º 1 (2007): 147-58.
- Garaventa Carlos Adrián, “Anarquismo ¿contra el derecho?”. *Revista Lecciones y ensayos*, n.º 3 (2010): 2-12.
- Grün, Ernesto. “Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 8 (2004-2005): 25-43.
- Guastini, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”. *Revista Cuestiones Constitucionale*, n.º 1 (1999): 160-5.
- Herrera, José Rafael. “La censura contra el arte”. *El Nacional* (Caracas), página de opinión de la edición del 10 de abril de 2014.
- Herrera, Marta, y Diego Muñoz. “¿Qué es la ciudadanía juvenil?”. *Acciones e Investigaciones Sociales* (2008): 186-206.

- Kinsella, Stephan N. "Contra la propiedad intelectual". *Journal de Estudios Libertarios* 15, n.º 2 (2001): 4-67.
- Laporta San Miguel, Francisco Javier. "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (1987): 71-7.
- Lee, Man Yee Karen. "Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context". *Asian Journal of Comparative Law* 3 (2008): 283-313.
- León, Gerardo. "Comunicación y ciudadanía cultural. La migración como práctica de comunicación". *Razón y Palabra* 13, n.º 61 (2008). <http://www.razonypalabra.org.mx/N/n66/actual/jleon.html>. Consulta: 23 de enero de 2014.
- Londoño Ciro, Libardo, y Jairo Marín Tabares. "Metodología de la investigación holística. Una propuesta integradora desde las sociedades fragmentadas". *Revista Uni-pluri/versidad* 2, n.º (2002): 22-4.
- Madrid Tamayo, Andrea. "La discoteca Factory: Estudio de caso sobre la emergencia identitaria del rock (Estudios sobre el Distrito Metropolitano)". *Revista del Instituto de la Ciudad* 1, n.º 3 (2013): 97-134.
- Martin Wimmer, Franz. "Filosofía Intercultural ¿Nueva disciplina o nueva orientación de la filosofía?". *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* XXXIII, n.º 80 (1996): 7-19.
- Martínez Dalmau, Rubén. "Arte, derecho y derecho al arte". *Revista Derecho del Estado*, n.º 32 (2014): 35-56.
- Medina Ardila, Felipe. "La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: Análisis jurisprudencial interamericano". *Revista Debate Interamericano* (2009).
- Meyer-Bisch, Patricio. "A centralidades dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos". *Revista Observatório Itaú Cultural*, n.º 11 (2011): 49-61.
- Morillo Santacruz, Orlando. "Lo popular como expresión artística. Interculturalidad y transdisciplinariedad". *Calle14: revista de investigación en el campo del arte* 7, n.º 9 (2012): 47-54.
- Munkttrick, David. "Music as Speech. A First Amendment Category unto itself". *Federal Communication Law Journal* 62 (2010): 682-4.
- Núñez, Jorge. "Pasillo: canción del desarraigo". *Cultura* 3, n.º 7 (1980): 223-30.
- Rimbot, Emmanuel. "Autorrepresentación y manifiestos en la nueva canción y canto nuevo". *Revista Cátedra de Artes*, n.º 3 (2006): 25-40.
- Rosaldo, Renato. "La pertenencia no es un lujo: Procesos de ciudadanía cultural dentro de una sociedad multicultural", *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica*, n.º 3 (2000). <http://www.redalyc.org/pdf/139/13900305.pdf>. Consulta: 23 de enero de 2014.
- Ruiz, Miguel Carlos. "Cuestiones constitucionales". *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 10 (2004): 227-43. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard8.htm>. Consulta: 11 de julio de 2012.
- . "El constitucionalismo cultural". *Revista Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, n.º 9 (2003): 201-16.

- Sáchica, Luis Carlos. "Constitución y derecho Internacional". *Revista Derecho Público*, n.º 31 (1993): 69-73.
- Santillán, Alfredo, y Jacques Ramírez. "Consumos culturales urbanos: El caso de la tecnocumbia en Quito". *Iconos*, n.º 18 (1988): 43-52.
- Sierra León, Yolanda. "Relaciones entre el arte y los derechos humanos". *Derecho del Estado*, n.º 32 (2014): 77-100.
- Storini, Claudia. "Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador". *Foro: Revista de derecho*, n.º 14 (2010): 103-38.
- Torres Blanco, Roberto. "Canción protesta: Definición de un nuevo concepto historiográfico". *Cuadernos de Historia Contemporánea* 27 (2005) (Madrid: Universidad Complutense de Madrid): 223-46.
- Valdés Sierra, Alain. "Disfrutar del verdadero arte es un derecho humano". *Gramma* (9 de diciembre de 2014) (La Habana).
- Valente, Marcela. "Un Juez busca en un colegio al asesino de Víctor Jara". *Qué!* (Bilbao) 2 de octubre de 2011. <http://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20111002/mundo/juez-busca-colegio-asesino-20111002.html>. Consulta: 17 de septiembre de 2014.
- Valincenti, Ezequiel. "Proyecciones de la creatividad y el acto artístico en el mundo jurídico. Reflexiones desde el derecho del arte". *Revista Investigación y Docencia* (2014): 81-117.
- Witker Velázquez Jorge, "Hacia una investigación jurídica integrativa". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, n.º 122 (2008): 943-64. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012212.pdf>. Consulta: 15 de agosto de 2012.
- Zamora, Hernán. "¿Qué decimos cuando digo 'hacer'?". Anotaciones para una reflexión acerca de los conceptos: Poesía, teoría, práctica y técnica". *A Parte Rei. Revista digital de Filosofía*, n.º 55 (2008): 1-24. <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/hernan55.pdf>. Consulta: 15 de octubre de 2015.

Instrumentos jurídicos nacionales e internacionales

- ACNUDH. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449. [Quito]. 20 de octubre de 2008.
- . *Código Civil Ecuatoriano*, Codificación 010. *Registro Oficial Suplemento* 46 de 24 de junio de 2005.
- . *Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación*. Quito, Registro Oficial 899, 9 de diciembre de 2016.
- . *Ley Orgánica de Comunicación*. Registro Oficial 22. Quito, martes 25 de junio de 2013.
- . *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales*. Registro Oficial S 52. Quito, 22 de octubre de 2009.

- *Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado*. Registro Oficial 555, Quito, 13 de octubre de 2011.
- *Ley Orgánica de Cultura*. Registro Oficial 913. Quito, 30 de diciembre de 2016.
- Chile. *Constitución Política de la República de Chile*. http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf. Consulta: 3 de octubre de 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. <http://www.oas.org/es/cidh/>. Consulta: 24 de febrero de 2014.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, vigente desde 1978.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, y entró en vigor el 4 de enero de 1969, en su Resolución 2106 A (XX)
- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, Ocaso de la justicia, el caso sol rojo, informe psicosocial y de derechos humanos. Quito: CEDHU / INREDH, Clínica Ambiental, 2012.
- Colombia. Corte Constitucional. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-104-96.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-104-96.htm>.
- Declaración de Cartagena de Indias (Primera Reunión Interamericana de Ministros y Máximas Autoridades de Cultura, junio de 2002). <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista11/instrumentos/valor.htm>.
- Declaración de Friburgo, 7 de mayo de 2007. Universidad de Fribourg y el día siguiente, 8 de mayo de 2007. Palais des Nations de Ginebra.
- Declaración de Hangzhou. Situar la cultura en el centro de las políticas de desarrollo sostenible. 17 de mayo de 2013. <http://audadp.org.uy/wp-content/uploads/2013/06/Declaracion-de-hangzhou-en-esp.pdf>.
- Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en París, en su 14.ª reunión, el 4 de noviembre de 1966
- Declaración de México sobre las Políticas Culturales, UNESCO. Conferencia mundial sobre las políticas culturales en México, reunida del 26 de julio a 6 de agosto de 1982.
- Declaración Universal de los Derechos lingüísticos, UNESCO, aprobada en Barcelona durante la Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos, celebrada del 6 al 9 de junio de 1996 por iniciativa del Comité de Traducciones y Derechos Lingüísticos del International PEN Club y el CIEMEN *Escarre International Center for Ethnic Minorities and the Nations*.

- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, adoptada por la Convención de Delegados de Virginia como parte de la Constitución de Virginia en el marco de la Revolución Americana el 12 de junio de 1776.
- OEA. CIHD. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948. ACNUR.
- OEI. Declaración de Salamanca del año 2005. <http://www.oei.es/xvcumbreddec.htm>. Consulta: 22 de mayo de 2013.
- OEI. *Encuesta Latinoamericana de hábitos y prácticas culturales*. Madrid: Liografic, 2014.
- ONU. Observación General n.º 21 Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/21/Rev.1, Ginebra, 2009.
- ONU. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. UNESCO, documento adoptado por la Conferencia General de la UNESCO. París, 2 de noviembre de 2001.
- ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
- ONU. Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979.
- PIDCP. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200 A (XXI).
- PNUD. *Informe sobre desarrollo humano: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Barcelona: Mundi-Prensa, 2004.
- PNUD, *Informe sobre el Desarrollo Humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Nueva York: Mundi-Prensa Libros, 2004. <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, fue Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.
- UNESCO. Informe Mundial Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural.
- Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919s.pdf>.
 - Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional. 4 de noviembre de 1966. http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
 - Cultura y desarrollo. <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/culture-and-development>.
 - Informe Mundial sobre Cultura. <http://www.bibliociencias.cu/gsdli/collect/libros/archives/HASH01cd.dir/doc.pdf>.
 - Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ONU para la educación y la cultura. <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>. Consulta: 10 de mayo de 2015.

- Declaración de México sobre las políticas culturales. http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf. Consulta: 19 de febrero de 2014.

Sentencias y resoluciones

- Cámara en lo Contencioso Administrativo Argentina. Sentencia 28 de diciembre de 2004, Expte. "Asociación Cristo Sacerdote c/ GCBA".
- Colombia. Corte Constitucional. Expediente T-247550. Acción de tutela instaurada por Flor Elvira Russi Rodríguez contra Hernán Joaquín Fonseca Jiménez. "Sentencia T-244/00". Santafé de Bogotá, 3 de marzo de 2000.
- Corte IDH. Pacto de San José de Costa Rica, San José, CIDH, 1969. Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. "Sentencia (Fondo) Serie C n.º 4, 29 de julio de 1988.
 - "Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Reparaciones y Costas, párrafo 44f". *Caso Barrios Altos vs. Perú*.
 - "Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.
 - "Sentencia Fondo, Serie C n.º 73. Reparaciones y Costas". *Caso La Última Tentación de Cristo. Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 5 de febrero de 2001.
 - "Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), párrafo 213". *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.
 - "Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 65". *Caso Olmedo Bustos y otros contra Chile*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf.
- Corte Suprema de los EE. UU. "Sentencia caso Miller v. California, 413 USD 15 (1973) 413 USD 15 Miller vs. California", Apelación de la decisión del Departamento de Apelaciones del Tribunal de primera instancia de California, Condado de Orange n.º 70-73.
- Ecuador. Corte Constitucional. "Sentencia n.º 0140-12-SEP-CC, 17. Caso n.º 1739-10-EP, 17 de abril de 2012.
- Corte Constitucional. "Sentencia n.º 001-10-PJO-CC". Caso 0999-09-JP.
 - Corte Constitucional. "Sentencia n.º 001-10-SIN-CC". Casos n.º O OOOO-09-in y 00II-09-in (acumulados), 18 de marzo de 2010.
- Sistema Interamericano de DD.HH. Caso n.º 10.258. Informe n.º 1/97. Ecuador, Manuel García Franco, 12 de marzo de 1997.
- Caso n.º 10.606, Informe n.º 11/98, Samuel de la Cruz Gómez. Guatemala, 7 de abril de 1998.
 - Caso n.º Informe n.º 140/99. Guatemala, Francisco Guarca Cipriano, 21 de diciembre de 1999.
 - Caso n.º 10.588 (Isabela Velásquez y Francisco Velásquez), 10.608 (Ronal Homero Nota y otros), 10.796 (Eleodoro Polanco Arévalo), 10.856 (Adolfo

- René y Luis Pacheco del Cid) y 10.921 (Nicolás Matoj y otros), Informe n.º 40/00. Guatemala, 13 de abril de 2000.
- Caso n.º 10.580, Informe n.º 10/95. Ecuador, Manuel Bolaños, 12 de septiembre de 1995.
- TEDH. “Sentencia TEDH 1988\8”. *Caso Muller vs. Suiza*, 24 de mayo de 1988.
- “Sentencia, 13 de septiembre de 1994”. *Caso Otto Preminger-Institut contra Austria, Estraburgo*.
- “Sentencia”. *Caso Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria. Aplicación n.º 68354/01*, 25 de enero de 2007.
- “Sentencia 30, 173”. *Caso Mephisto*. <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/mephisto.pdf>.
- “Sentencia BVerfGE 30, 173 [Mephisto]”. <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/mephisto.pdf>.
- Tribunal Colegiado Sexto en Materia Administrativa del Primer Circuito de México DF, Juicio de amparo 171/2011.
- Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. “Sentencia 51/2008”, 14 de abril de 2008. BOE n.º 117, 14 de mayo de 2008.
- Tribunal Constitucional de España. “Sentencia STc 320/1994”, 28 de noviembre de 1994.
- Tribunal Constitucional de España. “Sentencia 153/1985”. Conflicto positivo de competencia 447/1982, 7 de noviembre de 1985.
- Tribunal Constitucional Español, Pleno. “Sentencia 5/1981 de 13 Feb. 1981, rec. 189/1980”. <http://biblioteca.parlamento-cantabria.es/dossier/dossier92/JURISPRUDENCIA%20CONSTITUCIONAL/STC%205%201981.pdf>. Consulta: 11 de octubre de 2011.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán. “Sentencia BVerfGE 30, 17.3”. *Caso Mephisto*.

Sitios web

- Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Sudamérica. Raúl Pérez Torres. “La Casa de la cultura va hacia otro modelo de gestión”. 15 de mayo de 2013. <http://www.andes.info.ec/es/cultura/raul-perez-torres-casa-cultura-va-hacia-nuevo-modelo-gestion.htm>. Consulta: 15 de mayo de 2013.
- “Agenda 21 de la Cultura”. 31 de enero de 2008. <http://www.agenda21culture.net/index.php/es/docman/agenda21/222-ag21es/file>. Consulta: 22 de octubre de 2014.
- Alifano, Roberto. “Reportaje a Borges” 10/4/81. <http://utopiasargentinas.blogspot.com/2011/12/la-libertad-como-una-ilusion-necesaria.html>.
- ACNUDH. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/derechos culturales/Paginas/Mandate Info.aspx>.
- *Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos sociales y culturales*. Folleto informativo n.º 33, Suiza. http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=177&m=197. Consulta: 20 de marzo de 2013.
- Amnistía Internacional. Informe 2009. <http://report2009.amnesty.org/es/regions/africa/cameroon>.
- Andino Veloz, Byron. “Ni la cárcel ni la represión callaron la voz del Chamo Guevara”. <http://www.cotopaxinoticias.com/seccion.aspx?sid=12&nid=12167>. Consulta: 20 de julio de 2016.

- Ávila, Raúl. “Derecho constitucional cultural iberoamericano”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/341/3.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2011.
- AVINPRO. “La industria discográfica en cifras”. <http://www.ifpi.org/>. Consulta: 14 de octubre de 2014.
- Ayala Mora, Enrique. “La interculturalidad en el Ecuador”. <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>.
- “Biografía de Hugo Idrovo”. <http://descargarockecuadoriano.blogspot.com/2013/12/hugo-idrovo-biografia.html>. Consulta: 21 de julio de 2016.
- Calderón de Burgos, Gabriela. “Un buiter-policía pone a prueba la tolerancia de un funcionario”. 12 de mayo de 2008. *El Cato.org*. <https://www.libremente.org/un-cuervo-policia-pone-a-prueba-la-tolerancia-de-un-funcionario/>. Consulta: 26 de febrero de 2014.
- Calvo Cardenas, Leonardo. “La nueva Trova: Cuarenta años después”. 29 de febrero de 2012. <https://www.cubanet.org/articulos/la-nueva-trova-cuarenta-anos-despues/>. Consulta: 20 de junio de 2016.
- Carrión, Fernando. “Espacio público: Punto de partida para la alteridad”, <http://www.flasco.org.ec/docs/artfcalteridad.pdf>. Consulta: 17 de mayo de 2016.
- Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”. <http://cce.org.ec/index.php?id=27>. Consulta: 6 de julio de 2012.
- Córdova Vinueza, Paúl. “Agustín Cueva: El cambio en la matriz cultural”, *Rebelión*, 4 de mayo de 2013. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167635>. Consulta: 28 de octubre de 2014.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Aportes a la culturología jurídica, los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica”. http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd38_3.pdf.
- Coalición para la diversidad cultural. <http://www.cdc-ccd.org/?lang=es>. Consulta: 24 de julio de 2012.
- Consejo Suramericano de Cultura, Estatuto. <http://www.unasursg.org/images/descargas/ESTATUTOS%20CONSEJOS%20MINISTERIALES%20SECTORIALES/ESTATUTO%20CONSEJO%20DE%20CULTURA.pdf>. Consulta: 19 de noviembre de 2014.
- Dans, Enrique. “Cambios en la industria musical, actualidad musical on line”, http://profesores.ie.edu/enrique_dans/download/musica-pca.pdf. Consulta: 14 de octubre de 2014.
- “Definición de artista: El ‘Exponente del arte’”. <http://www.abcpedia.com/diccionario/definicion-artista.html>. Consulta: 7 de enero de 2012.
- Deleuze Gilles, “¿Qué es el acto creativo?”. <http://www.fermentario.fhuce.edu.uy/index.php/fermentario/article/view/110/70>. Consulta: 19 de octubre de 2015.
- “Diálogo sobre la cultura: Vargas Llosa y Lipovetsky”. *Función Lenguaje*. <http://funcionlenguaje.com/pensamiento-contemporaneo/dialogo-sobre-la-cultura-vargas-llosa-y-lipovetsky.html>. Consulta: 8 de julio de 2013.
- “Discriminación y violencia contra artistas y músicos callejeros en la ciudad”. *La Fábrica Porteña* (Buenos Aires), 27 de agosto de 2001. <http://lafabricaportena.com/acerca-de-la-fabrica-portena/>. Consulta: 20 de junio de 2013.

- Dieter, Nohlen. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3045/2.pdf>.
- Doctorado en Derecho de la Cultura. <https://serviweb.uned.es/doctorado/mostrarprograma.asp?cod=0611005>.
- Documento de conclusiones y propuestas del “Foro de ‘creación artística’ para el desarrollo del Plan de Acción de la Carta Cultural Iberoamericana”. http://www.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/gobernabilidad/documentos/d_humanos/Gob-IV-43-A.pdf. Consulta: 20 de noviembre de 2015.
- Documento de constitución de la UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001337/133729s.pdf#page=7> Enciclopedia jurídica On line 2014. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/libertades-p%C3%BAblicas/libertades-p%C3%BAblicas.htm>.
- “El presunto asesino de Víctor Jara se jactaba del arma con que lo mató, según un testigo”, 19 de junio de 2016. <http://www.cancioneros.com/co/8433/2/el-presunto-asesino-de-victor-jara-se-jactaba-del-arma-con-que-lo-mato-segun-un-testigo>. Consulta: 20 de junio de 2016.
- Endara, Sebastián. “Buen vivir libertario”. Foro Mundial de Alternativas. http://www.forumdesalternatives.org/ES/readarticle.php?article_id=24736.
- . “Buen vivir cultura y economía”, *Rebelión*, 3 de diciembre de 2011. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=140574>.
- Estrella, Carmen. “Supremacía constitucional y control de constitucionalidad”. *Derecho Ecuador.com*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/supremaciacutea-constitucional-br-y-control-de-constitucionalidad>. Consulta: 4 de noviembre de 2014.
- “El rapero Pablo Hasél, condenado a dos años de cárcel por enaltecer el terrorismo”, 1 de abril de 2014. *El Economista.es*. <http://www.economista.es/espana/noticias/5671136/04/14/El-rapero-Pablo-Hasel-condenado-a-dos-anos-de-carcer-por-enaltecer-el-terrorismo.html#Kku8uQIZUnVE4ImR>. Consulta: 10 de abril de 2014.
- FENOCIN documento. <http://www.fenocin.org/interculturalidad.html>.
- Fernández Hermana, Luis Ángel, Entrevista a Alan Tourraine, http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527.
- Fernández, Luis Ángel. http://www.lafh.info/articleViewPage.php?art_ID=527. Consulta: 20 de septiembre de 2011.
- Ferrer, Eulalio. “El proceso creativo”. <http://segmento.itam.mx/Administrador/Uploader/material/El%20Proceso%20Creativo.PDF>. Consulta: 2 de junio de 2015.
- Foro social de las Américas, “Carta mundial por el derecho a la ciudad”, http://www.aeropuertocuenca.ec/Carta_Mundial.pdf. Consulta: 23 de enero de 2014.
- Fuentes, Carlos. Discurso en el VII Foro Iberoamérica, Organización de Estados Iberoamericanos. http://www.oei.es/publicaciones/detalle_publicacion.php?id=136.
- Fuentes González, Homero Calixto. “El proceso de investigación científica desde el modelo holístico configuracional”. Santiago de Cuba: CEES / Universidad del Oriente, 2004. <http://www.santiago.cu/cienciapc/n/numeros/2003/2/articulo02.htm>. Consulta: 10 de septiembre de 2014.

- Gándara, Carballido. "Los derechos humanos como productos culturales". <http://www.culturaiberamerica.cr/memoria/html/pdf/04riqueza/01Ponencia.pdf>. Consulta: 16 de noviembre de 2015.
- García, Manuel. "Retrato Iluminado", <http://www.cancioneros.com/co/6431/2/manuel-garcia-presenta-retrato-iluminado-su-nuevo-disco-en-el-metro-de-santiago>, Consulta: 22 de junio de 2016.
- Goméz, Leonardo, y Xavier Montero. "A la industria musical todavía le falta ritmo". *Líderes*. <http://www.revistalideres.ec/lideres/industria-musical-todavia-le-falta.html>. Consulta: 26 de junio de 2016.
- González Auriolos, Jorge. "Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática". <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/18/pr/pr13.pdf>. Consulta: 1 de marzo de 2016.
- González, Juan Pablo. "Censura, industria y nación: Paradojas del boom de la música andina en Chile (1975-1980)". *Revista digital nuevo mundo*. <https://nuevomundo.revues.org/67810>. Consulta: 26 de mayo de 2016.
- Guaranda Mendoza, Wilton. "Facultades y limitaciones legales en el Ecuador para el desarrollo de actividades extractivas en áreas protegidas". Quito: INREDH, http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=214:facultades-y-limitaciones-legales-en-el-ecuador-para-el-desarrollo-de-actividades-extractivas-en-areas-protegidas&Itemid=126. Consulta: 23 de noviembre de 2014.
- Guarderas, Santiago. "La jurisprudencia en la CIDH sobre libertad de expresión". AEDEP. http://www.aedep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=139:la-jurisprudencia-en-la-cidh-sobre-libertad-de-expresion-&catid=1:recientes. Consulta: 7 de enero de 2012.
- Guerrero Obando, Fabián. <http://www.revista.agulha.nom.br/ag67bienioobando.htm>.
- Guillén, Jesús C. "¿Por qué el cerebro humano necesita el arte?". *Escuela con cerebro*. <https://escuelaconcerebro.wordpress.com/2015/01/31/por-que-el-cerebro-humano-necesita-el-arte/>. Consulta: 17 de octubre de 2015.
- Harvey R. Edwin. "Legislación cultural en los países del Convenio Andrés Bello". Informe n.º 4, París, 1984. <http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000507/050705so.pdf>.
- Herrera Flores, Joaquín. "La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada". *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.º 1 (2008): 134-5. <http://reid.org.br/?CONT=0000010>. Consulta: 8 de diciembre de 2012.
- Herrera, Lizardo, "La muerte de Jaime Roldós: entre el autoritarismo y la máquina de terror". *Plan V*. <http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/la-muerte-jaimeroldos-entre-el-autoritarismo-y-la-maquina-terror>. Consulta: 6 de junio de 2016.
- Holloway, John. "Nuestro poder es el poder del hacer, del crear, de la socialidad. El poder de ellos es el poder de separar, de individualizar, el poder de lo que es". Centro de Estudios Miguel Enríquez. http://www.archivochile.com/Debate/debate_izq_latina/debatizqlatina0019.pdf. Consulta: 4 de noviembre de 2015.

- Human Rights Watch (HRW). <http://www.hrw.org/world-report/2014/country-chapters/122004>.
- IFPI. Informe anual La industria discográfica en cifras, <http://www.ifpi.org/>.
- Instituto de terapia Cognitiva. http://www.inteco.cl/articulos/003/doc_esp7.htm.
- Jolij, J., y M. Meurs. "Music Alters Visual Percepción". Holanda, PLoS ONE 6, n.º 4: 8861. DOI: 10.1371/journal.pone.001886, 2011.
- "La no industria musical en Ecuador: Hacia la recuperación de un paciente terminal publicado". *Cartón Piedra*, 13 de enero de 2013. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/carton-piedra/1/la-no-industria-musical-en-ecuador-hacia-la-recuperacion-de-un-paciente-terminal>. Consulta: 21 de julio de 2016.
- Ley de Donaciones, Chile. <http://www.donacionesculturales.gob.cl/ley-donaciones-culturales/>.
- "Libertades Civiles y Derechos Humanos". *A-políticos*, 2 de octubre de 2010. <http://a-politicos.blogspot.com/2010/10/libertades-civiles-y-derechos-humanos.html>. Consulta: 15 de noviembre de 2015.
- López Martín, Pablo. "La reconversión del bien común en interés general. Ponencia presentada en las I Jornadas de Doctrina Social de la Iglesia sobre el bien común." <https://iifv.files.wordpress.com/2011/06/bien-comc3ban.pdf>.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. "La pareja feliz es un programa horrible". *La República*, 7 de octubre de 2014. <http://www.larepublica.ec/blog/opinion/2014/10/07/la-pareja-feliz-es-un-programa-horrible/>. Consulta: 4 de noviembre de 2014.
- Marcos, Jesús Miguel. "Las voces que lucharon contra Franco". *Público.es*, 20 de abril de 2011. <http://www.publico.es/culturas/372166/las-voce-que-lucharon-contra-franco>. Consulta: 19 de septiembre de 2014.
- Marrero Fernández, Marilys. "La libertad estético-artística en el marxismo". <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/mmf/libertad%20estetico%20artistica%20en%20el%20marxismo.ht>. Consulta: 15 de octubre de 2013.
- Martínez Majado, Álvaro. "¿Qué es la canción de autor?". <http://alvaro.cat/es/humanidades/que-es-la-cancion-de-autor.html>. Consulta: 10 de septiembre de 2014.
- Mascaró Rotger, Antonio. "Símbolos de libertad". <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/simbolos-de-libertad>. Consulta: 10 de agosto de 2015.
- Maturana Toledo Carlos, Libertad de expresión en Chile. Libertad de expresión y censura judicial. Evolución constitucional y comentarios de jurisprudencia, <http://www.eplo.eu/alfaiI/docs/3rd%20Seminar/1.pdf>.
- Mayor Ferrándiz, Teresa María. "El cine nazi: Judíos versus arios, estereotipos y películas." *Revista de claseshistoria*, n.º 256 (15 de noviembre de 2011). <http://www.claseshistoria.com/revista/2011/articulos/mayor-cine-nazi.pdf>. Consulta: 20 de septiembre de 2014.
- Mazzini, Giuseppe. "¿Política de principios o política de intereses?". *Biblioteca Virtual Antorcha*. http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/mazzini/caratula.html. Consulta: 10 de febrero de 2016.

- Ministerio de Cultura. http://www.ministeriodecultura.gob.ec/transparencia/cat_view/48-lotaip/158-regulacion-y-control/72-rendicion-de-cuentas.html.
- “El genocidio cultural durante la dictadura”. *Minutouno*. <http://www.minutouno.com/contenidos/home.html>. Consulta: 17 de septiembre de 2014.
- Moa, Pío Luis. “El poder y la libertad”. <http://www.piomoa.es/?p=1773>. Consulta: 11 de noviembre de 2015.
- Morel, Eric. “Constitucionalismo y su evolución”, 8 de septiembre de 2010. <http://ericmorelderechoconstitucional.blogspot.com/2010/09/contitucionalismo-y-su-evolucion.html>. Consulta: el 3 de noviembre de 2015.
- Moreno, Álvaro. “Industria cultural: la economía naranja”. *LatinTrade.com*. <http://latintrade.com/es/industria-cultural-la-economia-naranja/>. Consulta: 20 de noviembre de 2015.
- Morin, Edgar. “La unidualidad del hombre”. *Gazeta de Antropología*, 22 de septiembre de 1997. <http://hdl.handle.net/10481/13575>.
- Muñoz Ortega, Miguel. “La provocación como método (sobre Albert Pla)”. Publicado en el Blog personal del autor Periodismo de ida y vuelta.
- Niec, Halina. “Cultural Rights: At the End of the World Decade for Cultural Development”. *A New Global Ethics*. http://www.unesco.org/culture/laws/stockholm/html_sp/paper.shtml.
- Nuñez Baquero, Fabián. “Arte, cultura y burocracia cultural. Umbral de las voces”. <http://umbraldelasvoces.blogspot.com/2013/09/arte-y-cultura-y-la-burocracia-cultural.html>. Consulta: 23 de abril de 2014.
- Observatorio Cultural, “Enfoque de derechos y políticas culturales. Importancia y debate del carácter fundamental de los derechos culturales”. Observatorio cultural del Departamento de estudios del Consejo Nacional de la Cultura y las artes de Chile. <http://www.observatoriocultural.gob.cl/revista/7-estudios/13-enfoque-de-derechos-y-politicas-culturales-importancia-y-debate-del-caracter-fundamental-de-los-derechos-culturales/>. Consulta: 1 de julio de 2015.
- OEA. Relatoría e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2>.
- OMPI. <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5452>. Consulta: 4 de octubre de 2013.
- Osorio, Betty. “La cultura de la resistencia y la liberación en la construcción del nuevo pensamiento-praxis filosófico y político”. *Aporrea*. <http://www.aporrea.org/ideologia/a49739.html>. Consulta: 3 de noviembre de 2015.
- Pachano Fernando, “Apuntes sobre la interpretación constitucional”, http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Apuntes_sobre_la_interpretacion_constitucional.pdf. Consulta: 3 de marzo de 2016.
- Pakinar, Raimond. “Diálogo dialógico o diálogo dialogal”. <http://raimon-panikkar.org/spagnolo/gloss>.
- Pereira, Marcelo. “Música e izquierda”, *Henciclopedia*. <http://www.henciclopedia.org.uy/autores/MPereira/Oreiro.htm>. Consulta: 19 de noviembre de 2014.

- Plataforma Ciudadana para la Información y la Participación Pública, Democracia cultural. <http://plataformagerena.wordpress.com/2008/07/09/democracia-cultural/>.
- Pompilio Santeliz, Rafael. "El cantor y la música para el cambio social". <http://www.aporrea.org/actualidad/a168720.html>. Consulta: 11 de septiembre de 2014.
- Prensa Latina, Agencia Informativa Latinoamericana, Parlamento ecuatoriano prevé fortalecer Revolución Cultural. http://www.prensa-latina.cu/index.php?option=com_content&task=view&id=2346921.
- Prieto de Pedro, Jesús José. "Diversidad y derechos culturales". Conferencia del "VI Encuentro para la Promoción y Difusión del Patrimonio Inmaterial de los Países Andinos". Medellín 2005. <http://www.c3fes.net/docs/memoriasprieto.pdf>.
- "Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales". 1986. <http://www.cc.gob.gt/ddhh2/docs/Instrumentos/Internacional/Limburgo.pdf>. Consulta: 2 de julio de 2013.
- Proudhon, Pierre Joseph. "El principio federativo (Fragmentos)". http://www.nodo50.org/fau/teoria_anarquista/proudhon/1.htm. Consulta: 9 de marzo de 2016.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre Desarrollo Humano. 2004. *PNUD*. <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>.
- Prusak Bernard, Politics, "Religion & The Public Good, An interview with philosopher John Rawls Commonweal", September 25, 1998 / Volume CXXV, Number 16, puede leerse en página web <http://www98.homepage.villanova.edu/bernard.g.prusak/interviewwithrawls.htm>.
- Quijano, Anibal. "Colonialidad del poder, globalización y democracia", Lima, 2000, en <http://www.rrojasdatabank.info/pfpc/quijan02.pdf>. Consulta: 5 de junio de 2012.
- Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural del 26 de noviembre de 1976 <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.
- Red Ecuatoriana de trovadores, "Unas líneas sobre la canción de autor en el Ecuador", <http://canciondeautorecuador.blogspot.com/p/la-cancion-de-autor-en-ecuador.html>. Consulta: 11 de septiembre de 2014.
- Requejo, Ferrán. "Libertad cultural y democracia", *Revista de Prensa*, 30 de enero de 2006. <http://www.almendron.com/tribuna/libertad-cultural-y-democracia/>. Consulta: 24 de julio de 2012.
- Resolución 65/309. "La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo". 2011. <http://www.un.org/es/ga/65/resolutions.shtml>.
- Ros, Nora. "El lenguaje artístico, la educación y la creación". *Revista Iberoamericana*. (2004). Organización de Estados Iberoamericanos para la educación y la cultura. <http://www.rieoei.org/deloslectores/677Ros107.PDF>. Consulta: 20 de noviembre de 2015.
- Rousseau, Juan Jacobo. "El contrato social", Aleph.com, 4. <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20E1%20Contrato%20Social.pdf>. Consulta: 26 de diciembre de 2012.

- Rubio, J. V. "Principios, o características de la complejidad", 9 de enero de 2003, www.antroposmoderno.com/word/principios.doc. Consulta: 20 de junio de 2016.
- Rudolf, Rocker. *Nacionalismo y cultura*. Biblioteca Anarquista, 1936. http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/nacionalismo/indice.html. Consulta: 16 de julio de 2012.
- Runa, Odiseo. "La 'revolución cultural' y las 'industrias culturales' correítas". *Ecuador libre red*. <http://ecuadorlibre.tk/index.php/ecuador/cultura-y-arte/2298-2013-07-17-20-06-37>.
- Sayol, Franc. "¿Dónde está hoy el dinero en la música? El desconcierto de la industria". http://www.playgroundmag.net/articulos/columnas/hoy-dinero-musica-desconcierto-industria_5_1042145780.html. Consulta: 21 de junio de 2016.
- Shaheed, Farida. "El derecho a la libertad de expresión y creación artísticas". <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9a4424>. Consulta: 29 de febrero de 2016.
- Observatorio Cultural, "Enfoque de derechos y políticas culturales: Importancia y debate del carácter fundamental de los derechos culturales", Observatorio cultural del Departamento de estudios del Consejo Nacional de la Cultura y las artes de Chile. <http://www.observatoriocultural.gob.cl/revista/7-estudios/13-enfoque-de-derechos-y-politicas-culturales-importancia-y-debate-del-caracter-fundamental-de-los-derechos-culturales/>. Consulta: 1 de julio de 2105.
- Sen, Amartya. ¿Cómo importa la cultura en el desarrollo?, este artículo puede leerse en <http://www.letraslibres.com/revista/convivio/como-importa-la-cultura-en-el-desarrollo>.
- . "Cultura y desarrollo". http://www.oei.es/cultura/cultura_desarrollo.htm.
- . "La cultura como base del desarrollo contemporáneo". UNESCO. http://www.fidamerica.org/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_305.pdf.
- Servaes, Jan. "Libertad cultural, globalización cultural y acción participativa". http://www2.metodista.br/unesco/PCLA/revista3/artigo_servaes.htm.
- Symonides, Janusz. "Derechos culturales: Una categoría descuidada de derechos humanos". Sala de Prensa, año XI, n.º 124 (febrero de 2010). http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals419.pdf.
- The Biosophical Institute Inc. <http://biosophicalinstitute.tripod.com/>. Consulta: 9 de mayo de 2016.
- Vásquez, Chalena. "El arte: Un derecho humano". Ponencia, Encuentro Nacional de Arte Diversidad Cultural y Educación. <http://es.scribd.com/doc/22639863/El-Arte-un-Derecho-Humano-Chalena-Vasquez>. Consulta: 29 de enero de 2016.
- Vegas, Xabel. "Contra la nueva canción protesta". Blog de Xabel Vegas, <http://xabelvegas.wordpress.com/2014/04/08/contra-la-nueva-cancion-protesta>. Consulta: 19 de septiembre de 2014.
- Vial Solar, Tomás. "El derecho a libertad de creación artística en la Constitución". <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/derecho-a-libertad-de-creacion.pdf>. Consulta: 9 de julio de 2013.

Entrevistas

- Aquevedo, Eduardo. Entrevista a Pierre Bourdieu, "EL poder y los medios de comunicación". 2 de mayo de 2009. <http://aquevedo.wordpress.com/tag/poder-cultural/>.
- Caballero, Jorge, "El terrorismo es arma electoral de la derecha española: Serrano". Entrevista a Ismael Serrano publicada en el diario *La Jornada* de México, 8 de marzo de 2004.
- Lagás, Jorge. "El presente de los cantautores; este movimiento va a dejar huella". Entrevista a David Ponce, Santiago de Chile, junio 2010. http://www.terra.cl/musica/index.cfm?id_cat=115&id_reg=1451806.
- Neketán José. Entrevista a Luis Eduardo Aute, "Entrevista online con Luis Eduardo Aute". (El Perinqué: Las Palmas de Gran Canaria), 17 de enero de 2006. <http://www.canarias7.es/participacion/entrevista.cfm?Id=99>. Consulta 20 de septiembre de 2014.
- Nuñez Jaime, Víctor. Entrevista a Alejandro Jodorowsky. Diario *El País* de España, 28 de octubre de 2015.
- Touraine, Alain. Entrevista, transcrita por María Lila Ltaif Curbelo. <http://www.espectador.com/text/especial/touraine.htm>. Consulta: 2 de julio de 2013.

Periódicos

- Alvarado, Ana. "La 'Pareja feliz' ya no se transmitirá". *El Comercio* (Quito), 17 de noviembre de 2014. <http://www.elcomercio.com/tendencias/parejafeliz-transmision-television-sancion-supercom.html>. Consulta: 20 de noviembre de 2015.
- Argüelles, Jose Luis. "Albert Pla: A mí siempre me ha dado asco ser español y espero que a todo el mundo". *La Nueva España*. <http://www.lne.es/gijon/2013/10/16/dado-asco-espanol-espero-mundo/1484451.html>.
- "Cultura e democracia: discurso competente e otras falas". *La Jornada*. <http://www.jornada.unam.mx/2008/05/26/marilena.html>.
- "Cuando el genocidio acaba con la cultura". *El Orden Mundial*, 21 de septiembre de 2105. <http://elordenmundial.com/cultura-y-sociedad/cuando-el-genocidio-acaba-con-la-cultura/>. Consulta: 20 de junio de 2016.
- "El arte como una de las formas de la resistencia", *El Comercio* (Quito), <http://www.elcomercio.com/tendencias/cultura/arte-de-formas-de-resistencia.html>. Consulta: 2 de junio de 2016.
- "El cantautor Ramón Tarrío lleva su poesía cantada a la Biblioteca Pública". *La Verdad de Ceuta*. 24 de junio de 2014. <http://www.laverdaddeceuta.com/index.php/politica/43-cultura/22445-el-cantautor-ramon-tarrio-lleva-su-poesia-cantada-a-la-biblioteca-publica>. Consulta: 22 de junio de 2016.
- "Incidentes en colegio católico por penetración marxista". *El Mercurio* (Santiago), 12 de julio de 1969.
- Montalvo, Gabriela. "Economía y cultura: industrias culturales y matriz productiva". *El Telégrafo* (Quito), 12 de mayo de 2014. <http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/las-industrias-culturales-en-ecuador.html>.

- “Nacho Vegas homenajea al cineasta Mike Leigh con el espectáculo ‘La vida es dulce’”. *20 Minutos*. <http://www.20minutos.es/noticia/1764343/0/nacho-vegas/homenaje/mike-leigh/>. Consulta: 22 de junio de 2016.
- Olsen, Marc. “Stephen King on the artistic merits of torture porn”, *Los Ángeles Times*, 22 de junio de 2007.
- Reyes, Víctor. “Bob Dylan, el Premio Nobel y los límites de la literatura”. *Rpp Noticias*. <http://rpp.pe/cultura/literatura/bob-dylan-el-premio-nobel-y-los-limites-de-la-literatura-noticia-1002366>. Consulta: 20 de junio de 2016.
- Salgado Jácome Pablo, “En Ecuador solo música extranjera”, *El Telégrafo*, 23 de enero de 2013. <http://www.telegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/en-ecuador-solo-musica-extranjera.html>. Consulta: 17 de enero de 2014.
- Soca, Iván. “Silvio Rodríguez por los barrios: El 6 de enero en Santa Clara”. *Cubadebate*. 4 de enero de 2017. <http://www.cubadebate.cu/etiqueta/silvio-rodriguez-por-los-barrios/>. Consulta: 22 de junio de 2016.
- Verdesoto, Irina. “Gestión del espacio público para la cultura”, *El Telégrafo* (Quito), 12 de agosto de 2013.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador**

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar —creada en 1985 por el Parlamento Andino— es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el Gobierno de Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior de Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Centro Andino de Estudios Internacionales y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano
- 4 Sebastián López Hidalgo
Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador
- 5 Catalina Mendoza Eskola
Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano
- 6 Pamela Juliana Aguirre Castro
El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico
- 7 Eduardo Calero Jaramillo
Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un *software* legal completo de la Legislación ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, asimismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepweb ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186
www.cep.org.ec ▪ ventas@cep.org.ec

La discusión sobre los derechos culturales y, dentro de ellos, el rol que cumple la libertad de creación y expresión artística como derecho humano y la recepción constitucional en el caso ecuatoriano es el tema de reflexión del libro *Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano*. Esta investigación recoge un conjunto de reflexiones sobre una temática escasamente estudiada por la academia ecuatoriana, que refleja el pensamiento crítico y libertario del autor.

Este estudio busca contribuir, a partir de un auténtico replanteamiento del pensamiento jurídico, a la tarea de recuperar la naturaleza libertaria de los derechos culturales, además de destacar la necesidad del restablecimiento de su carácter antagónico al despotismo, al autoritarismo, a los poderíos arbitrarios, desde un auténtico empoderamiento de todas las personas con el fin de, finalmente, salvaguardar y defender la dignidad humana.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

