

LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA INCLUSIÓN DIGITAL*

Jheison Torres Ávila**

Fecha de recibido: 22 de junio de 2014
Fecha de evaluación: 4 de noviembre de 2014
Fecha de aprobación: 22 de febrero de 2015
Artículo de reflexión

DOI:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.933>

Forma de citación: Torres, J. (2015). La fundamentación del derecho a la inclusión digital. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18, 36, 47-64. DOI:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.933>

Resumen

El presente artículo pretende responder a la pregunta de investigación: ¿cuáles son las condiciones sobre las que pueden establecerse las fundamentaciones de los derechos?, y de forma particular, ¿es posible hablar de un derecho denominado “inclusión digital”? Así, el objetivo central será comprender la importancia de la elaboración de fundamentaciones en la teoría de los derechos. La metodología aplicada aquí se sitúa en la perspectiva de los usos del lenguaje, poniendo como eje la filosofía analítica con una significativa influencia de la teoría de la argumentación jurídica, en especial la versión de Alexy. Es por ello, principalmente descriptiva y solo se expresan algunos elementos prescriptivos. La conclusión central de la investigación acredita la posibilidad de determinar la existencia de nuevos derechos, sobre todo, el de la inclusión digital.

Palabras clave:

Derechos, inclusión digital, fundamentación, responsabilidad, Estado.

THE FOUNDATION OF THE RIGHT TO DIGITAL INCLUSION

Summary

The objective of this article is to answer the research question: What are the conditions upon which the foundations of the rights can be established? and particularly, is it possible to speak about a right called “digital inclusion”? Thus, the main objective will be to understand the importance of the creation of foundations for the theory of rights. The methodology applied here is from the perspective of language uses, having as axis the analytic philosophy with a significant influence of the legal argumentation theory, especially Alexy’s version. Therefore, it is primarily descriptive and only some prescriptive elements are expressed. The main conclusion of the investigation proves the possibility of determining the existence of new rights, especially the right of digital inclusion.

* El presente artículo es resultado de la investigación: “Responsabilidad de la administración pública y tecnologías de la información y la comunicación” del grupo de Derecho Público de la Universidad Católica de Colombia.

** Investigador y coordinador del Grupo de Derecho Público de la Universidad Católica de Colombia y profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante, magister en Derechos Fundamentales de la Universidad de Alicante y magister en Derecho de la Universidad Nacional. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: jetorresav@unal.edu.co

Keywords:

Rights, digital inclusion, foundation, responsibility, State.

A BASE DO DIREITO À INCLUSÃO DIGITAL**Resumo**

Este artigo visa responder à pergunta da pesquisa: Quais são as condições em que se podem estabelecer as bases dos direitos? e, em particular, é possível falar de um direito chamado de “inclusão digital”? Assim, o objetivo principal será entender a importância de desenvolver bases na teoria dos direitos. A metodologia aplicada aparece aqui na perspectiva dos usos da linguagem, deixando no centro a filosofia analítica com uma influência significativa da teoria da argumentação jurídica, dando especial atenção à versão de Alexy. Desta forma é principalmente descritiva e apenas alguns elementos prescritivos são expressos. A conclusão central da investigação comprova a possibilidade de determinar a existência de novos direitos, especialmente o da inclusão digital.

Palavras-chave:

Direitos, inclusão digital, arte, fundação, responsabilidade, Estado.

A. Introducción

La teoría de los derechos presenta de forma continua el nacimiento de nuevos derechos o la interpretación novedosa de otros. Esta situación en principio no reviste mayor dificultad, dado que es razonable pensar que los cambios cada vez más acelerados de los diversos procesos sociales, suscitan a menudo la reflexión sobre los derechos.

En este sentido los derechos no se comprenden como máximas arbitrarias, ni como conceptos metateóricos que se establecen con el objeto de descubrir premisas inmanentes. Los derechos por el contrario, reflejan con frecuencia las tensiones y conflictos en las sociedades. Esto es así, porque el concepto mismo de derechos, como *cartas de triunfo* (Dworkin, 1984), establecen la posibilidad a los individuos y colectivos de mejorar su posición de reclamos frente a las autoridades o incluso frente a otros individuos y colectivos.

Los derechos por tanto, implican para las sociedades contemporáneas uno de los mecanismos más importantes para elaborar sus diferentes

exigencias, así como para instaurar la legitimidad de situaciones o poderes sociales y/o políticos. Por ejemplo, las personas consideran que tener derecho a la expresión y participación les permite comunicar sus inconformidades, y que quien restrinja esta posición, estará haciéndolo de forma probablemente ilegal.

También puede plantearse el derecho como conquista social o política (Tushnet, 1984). El derecho al agua, frente a las empresas mineras, los derechos de los animales y de la naturaleza respecto a las firmas farmacéuticas y el derecho al mínimo vital o renta básica frente al Estado. En general los derechos encierran una conquista social de alguna índole.

Pero la creación de la categoría derechos y su habitual uso en los Estados contemporáneos también comprende preguntas importantes, como cuál es su eficacia y legitimidad. La posibilidad de reclamo de los derechos, no conduce necesariamente a la concesión de su núcleo básico, o mejor dicho, pueden convertirse en meras estructuras formales, que facilitan esa construcción

de legitimidad estatal, pero que no resuelven en últimas lo solicitado.

Esta preocupación válida, también apareja otra y es la proliferación o *desacralización* del lenguaje de los derechos. Desde esta mirada, se intenta explicar todo el cúmulo de motivaciones aspiracionales, necesidades, reivindicaciones, etc., como derechos. Esto es lo que Anna Pintore (2001) llama los derechos insaciables, es decir, un apetito desmedido de la sociedad y sus grupos de presión por convertir todo a derechos: derecho al turismo, derecho a llorar, derecho a dormir, etc. Aunque muchas de las situaciones cotidianas pueden traducirse al lenguaje de los derechos, esto parece peligroso, dado que esta incesante demanda de derechos, puede ser una causa de su ineficacia.

Ante tales circunstancias merece la pena realizar una aproximación al concepto de fundamentación de los derechos, con el objeto de analizar de manera más puntal el caso del derecho a la inclusión digital.

Pasaremos revista a las teorías clásicas de la fundamentación de derechos—tesis estatalista, histórica e individualista—ya la teoría de las generaciones de derechos, para intentar una aproximación desde la teoría de las necesidades, que servirá como colofón de este escrito. Para efectuar dichas tareas utilizamos dos tipos de acercamiento metodológico: a) el método analítico, que pretende emplear las herramientas del análisis del lenguaje cotidiano para determinar el valor de las categorías en estudio en el marco de los debates jurídicos y filosóficos; y b) herramientas historiográficas, para la construcción de contextos que permitan fijar relaciones entre los conceptos de derechos trabajados aquí.

B. La fundamentación de los derechos

En la teoría contemporánea de los derechos, la fundamentación de los mismos ha cobrado una especial relevancia. No se trata entonces, solo de la lucha por su positivización o exigibilidad, pues la necesidad de justificar la existencia de los

derechos es un pilar central de las democracias constitucionales como parte de la legitimización del sistema político. Otra de las razones probables de la importancia de esta justificación, se ubica justamente en los procesos de constitucionalización de los derechos y en cómo estos son parte de la cimentación de las políticas de los gobiernos (Waldron, 1996), con las cuales se pretenden alcanzar posiciones prioritarias en las sociedades¹. Los derechos son los vehículos de las demandas de las diferentes formas organizativas de la sociedad.

El cambio de paradigma científico que representa una idea monista del positivismo jurídico, a la de posiciones basadas en la razón práctica, lleva a los teóricos a reformar la visión de los derechos para comprenderlos como mucho más que estructuras que revisten obligaciones² en los que la sanción define su sustancialidad normativa. El giro lingüístico (D'agostini, 1997) contribuye de manera significativa a la forma en que los sistemas constitucionales comprenden los derechos, reforzando características que contribuyen a bienes sociales como la democracia, la justicia y la igualdad material.

Esto es posible porque se supera la rigidez del positivismo, como la inmanencia que implica el iusnaturalismo racionalista. De suerte, que una aproximación analítica de los derechos nos permite observar fenómenos más allá del deber ser de estos, para plantearnos los retos de la adjudicación y eficacia cotidiana de los mismos desde una perspectiva no universal, pero sí protectora. Se desacralizan los derechos

¹ Waldron en este artículo muestra cómo el lenguaje de los derechos no puede rechazarse por cuanto este hace posible, desde un punto de vista psicológico, político y jurídico, encauzar nuestras necesidades y convertirlas en argumentos con la fuerza necesaria para obligar a otros a ejecutar el objeto de nuestros requerimientos. Pone así distancia con otro autor al que nos referiremos, Mark Tushnet, quien muestra el lenguaje de los derechos como una estrategia poco productiva para alcanzar fines políticos.

² La crítica kelseniana por desicologizar (sic) la estructura de los derechos, expresada en la obra de J. Austin (modelo ORA: órdenes respaldadas por amenazas), muestra a los derechos como estructuras normativas en las que la sanción, será su nota predominante.

para ponerlos en blanco y negro como objetos centrales del derecho constitucional en sus dimensiones jurídico-políticas.

Ante este panorama, en todo caso, de estructuras epistemológicas superpuestas, se intenta demostrar a toda la humanidad que los derechos son indispensables en toda sociedad, y que su protección no merece discusiones. De este modo se plantea un *ethos* sobre la existencia de los derechos, como elementos que componen nuestra comprensión de sociedad. Esto sin embargo, no deja de proyectar dudas sobre el alcance y definición de una ética de los derechos, y sobre los mecanismos con los cuales se delimitan los aspectos que integran los derechos en particular, es decir, la definición misma sobre qué derechos deben existir en una sociedad o no.

El profesor Rorty (1998), desde la trinchera del pragmatismo, sugiere que nos dejemos de preguntar el qué y el porqué de los derechos, y *simplemente* nos limitemos a las necesidades que implica la vida democrática.

La premisa fundamental de mi argumento es que no se puede tener por objeto, ni trabajar para conseguir algo a menos que pueda ser reconocido una vez se consigue. Una de las diferencias que hay entre verdad y justificación es la diferencia que existe entre lo que no se puede reconocer y lo que puede ser reconocido. Nunca sabremos con certeza si una determinada creencia es verdad o no. Pero sí podemos estar seguros de que nadie es capaz de formular una objeción residual en su contra y que, en cambio, todo el mundo coincide en defenderla (Rorty, 2000, p. 81).

Tal postura se desmarca del universalismo del iusnaturalismo, para resaltar el valor del proceso de justificación por encima de la ilusión de la verdad. Así las cosas, se trata más bien en las sociedades contemporáneas de buscar las coincidencias en la construcción del rumbo común que de proponer estructuras como ideas irrefutables.

El pragmatista concibe el ideal de fraternidad humana, no como la imposición de algo no empírico por encima de lo empírico, o de algo no natural por encima de lo natural, sino, más bien, como la culminación de un proceso de adaptación, que además es un proceso de recreación, de la especie humana (Rorty, 2000, p. 83).

Complementa el autor diciendo que

[...] la indagación científica, o cualquier otra indagación, no tiene por objeto la verdad sino la esperanza de obtener una mejor capacidad justificatoria, una mejor capacidad para hacer frente a las dudas sobre lo que decimos, reforzando lo que hemos dicho anteriormente o tomando la decisión de decir algo ligeramente distinto (Rorty, 2000, p.83).

Los derechos tienen en efecto esta dimensión justificatoria, que pretende adaptarse a los cambios sociopolíticos, convirtiéndose en evidencias de las constantes transformaciones de nuestra visión del Estado y de cómo entendemos cotidianamente su papel. Rorty (2000) nos ubica así en la contingencia del cambio permanente, pero también en la relevancia de erigir discursos que fomenten la protección de los valores deseables en el presente.

De esta manera, los procesos de cambio tecnológico se enmarcan en este camino de adaptación en donde la innovación modifica la forma de entender el mundo, pero implica al mismo tiempo la aplicación de los conceptos de la tradición sobre otros que no lo son. Esta mixtura entre lo viejo y lo nuevo, es la que se plasma en el constitucionalismo de los derechos, y en la doctrina que se desprende de su implementación.

Hasta aquí se ha dicho que la idea de fundamentación basada en la validez universal, similar al imperativo kantiano, no nos es útil para comprender las transformaciones de los derechos y su fundamentación en la sociedad actual. Desde esta perspectiva, los derechos no son lo que descubramos como máximas que atañen a todos los

hombres³; los derechos son la expresión de una praxis política, con consecuencias jurídicas, como lo deja ver la interpretación misma que hacen los sistemas constitucionales de la democracia.

Señalados los derroteros de la importancia y comprensión de la fundamentación, el paso siguiente es evidenciar el papel que cumplen los derechos en el sistema jurídico y, por ende, en la vida social, y a partir de allí, acercarnos a elementos que nos permitan una fundamentación de los derechos que no deje por fuera las demandas actuales, tales como aquellas que se derivan de la aplicación de tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

C. ¿Qué es un derecho y para qué sirve?

Para elaborar los derroteros de la comprensión de los derechos en los sistemas constitucionales contemporáneos seguiremos las ideas de Henry Shue (1980), quien desde la filosofía analítica expresa los puntos centrales para dar respuesta a las preguntas sobre qué es un derecho y para qué sirve. Para Shue los derechos son:

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

En la concepción de Shue se sigue una idea que es cardinal para entablar una línea de argumentación sobre derechos. A la cuestión sobre qué es un derecho la respuesta es: una *demanda sobre algo, dirigida a alguien*. Este es el concepto que Feinberg (1973) expresa en su obra clásica *Social philosophy* con el que Shue⁴ (1980) inicia su tesis. Una vez entendemos que un derecho no es una mera petición o reclamo, sino una demanda,

observamos que los derechos no son cualquier tipo de demanda. Es una demanda dotada de cierta fuerza, fuerza que está dada por el reconocimiento que las instituciones hacen de esas demandas y por la insistencia e importancia que ponen los peticionarios sobre esas demandas.

Esta fuerza que poseen las demandas llamadas derechos, es la razonabilidad que se encuentra en ellos. La función racionalizadora que cumplen los derechos constituye parte de la respuesta a porqué hemos constitucionalizado los derechos y porqué estos son el centro de la interpretación de las estructuras político-jurídicas. Una vez que convertimos los derechos en razones esenciales de nuestro sistema político y social, las demandas que han transitado por el sistema reposan sustancialmente como derechos, dotándoles de una posición privilegiada frente a otras peticiones que, por supuesto, en el futuro pueden volverse derechos.

Más adelante, cuando abordemos el caso específico de derechos como inclusión digital y acceso a Internet, se podrá evidenciar que se establecen las líneas de su existencia desde dos perspectivas: como vehículos de una sociedad que sufre profundas transformaciones en sus procesos de comunicación, producción de conocimiento e interacción con sus instituciones (Castells, 2011), tales como el Estado; y como fruto de reivindicaciones de sectores sociales que se sienten excluidos de estos procesos y observan cómo se afectan sus intereses individuales y colectivos.

Esta posición de los derechos como herramienta de justificación de demandas tiene la virtud de no dejar de lado el valioso papel que cumple la democracia en las sociedades actuales, permitiéndonos asir la visión histórica que informa esas demandas. Esta expresión de demandas a través de los derechos, no es una conversión extraña, de tipo alquimista, de plomo al oro, los derechos aquí son sencillamente instrumentos cuyo rol reconocido por el sistema jurídico, político y social, le permite a las demandas adquirir predominio sobre otras.

³ A esta postura nos referiremos más adelante, cuando revisemos las diversas teorías de la fundamentación de los derechos.

⁴ Con otro esquema de desarrollo Robert Alexy (1993) sigue esta estructura de derechos en su fórmula DabG, identificando en los derechos una prestación, derecho a, un titular y un obligado.

Tal construcción de la jerarquía de los derechos no es por ello ni mucho menos cerrada, como lo sostendría Dworkin (1995)⁵, sino por el contrario abierta precisamente a los debates que en lo político y en lo jurídico puedan darse.

Ahora bien, los derechos no solo tienen una función justificativa, también brindan la posibilidad de disfrutar algo. El énfasis dado en los derechos como demandas tiene como consecuencia esta concreción en un resultado reconocible por los sujetos como individuos o como colectividad, ya sean obligados o titulares. En el caso de la inclusión digital, no se trata tan solo de la disponibilidad de equipos de tecnología, como tampoco de una conexión a Internet, sino de contar con la capacitación necesaria para mejorar un entorno vital (Cabezudo, 2011). La inclusión digital no es una nueva forma de expresión de dicha inclusión, sino la misma que ha dejado relegadas a muchas capas de la población. Este fenómeno es notorio en el desarrollo del capitalismo industrial (Susin, 2000).

Tener un derecho, entonces, no es una correspondencia con una categoría normativa; es decir, como lo haría una lectura iusnaturalista, en la que los derechos son derechos naturales para luego tener su reflejo en derechos positivos; sino que los derechos son sustanciales desde el primer momento, ya que expresan un contenido, son *derechos a*. Un derecho no es el derecho a disfrutar otro derecho, es un derecho a obtener una acción o cosa determinada por la demanda inicial (Shue, 1980, p. 15)⁶.

Esta sustancialidad en nuestro concepto involucra transaccionalmente para la práctica y la teoría jurídica varios aspectos. Por un lado jurídicamente

se inserta en el sistema proporcionando razones “válidas” que conducen a que los individuos y las instituciones actúen conforme con las reglas de canalización de demandas por medio de los derechos. En general esas reglas son las del libre juego democrático. Este juego no es en especial el de la dictadura de las mayorías, es el que permite al sistema mantener su coherencia y su eficacia como mecanismo de solución de conflictos. La posibilidad de disfrutar algo por medio de los derechos no se circunscribe a los derechos de libertad y a los políticos, sino a todas aquellas demandas (*claims*) que alcancen la relevancia de derechos en una sociedad determinada, como ocurre con los elementos en discusión del derecho a la inclusión digital.

Otro aspecto que facilita esta visión de los derechos como *derechos a*, es que desde el punto de vista político logra una conexión significativa entre el deber ser normativo y las políticas de un gobierno, convirtiéndose en un camino intermedio. Ver en los derechos una prestación efectiva, es darle al campo político un límite de posibilidades materiales con los derechos. Alejando, aunque infortunadamente sin eliminar, el amplio sesgo interpretativo que logran en ocasiones los derechos, convirtiéndolos en herramientas peligrosas de transacción política.

La constitucionalización intenta generar un ámbito de aplicación diferenciado y protegido de los derechos, pero estos no logran aún desvincularse por completo del regateo político. Es más, debe distinguirse el grado de esta seguridad lograda. Por un lado, es claro que los derechos de libertad alcanzan una mayor protección, y que los derechos de igualdad se someten en mayor medida a este regateo. Parte de esta visión de negociación de los derechos sociales es terminar diferenciándolos como si estos enmarcaran un grado superior de sustancialidad que los de libertad. Tanto derechos de libertad como los sociales, son derechos, y en ese aspecto involucran ambos, el derecho a algo (Prieto, 1990)⁷.

⁵ Dworkin cree que existe un orden absoluto de valores, por eso, dirá que el juez Hércules, puede decidir con una respuesta correcta siempre, solo debe consultar tal sistema, que se observa en la práctica de la moralidad política y en principio de “derecho a igual consideración y respeto”.

⁶ “The substance of a right is whatever the right is a right to. A right is not a right to enjoy a right – it is a right to enjoy something else, like food or liberty”.

⁷ Creemos que a esto se refiere Prieto Sanchís cuando afirma que se tiene un déficit de fundamentación racional

En el caso del derecho a la inclusión digital, este comporta dimensiones de los derechos de libertad y los derechos sociales, por ello, y como más adelante profundizaremos, no puede clasificarse con precisión como uno u otro, sino más bien como uno y otro.

D. En general una garantía social frente a las amenazas cotidianas

La otra función que cumplen los derechos es en la sociedad. Los derechos son herramientas frente a la violencia externa. Los derechos desde su fundamentación moderna efectuada por Locke toda su obra, son límites a los otros individuos y al poder del Estado. Esta noción ha evolucionado, y al tomarnos los derechos en serio, los dejamos de ver como meras proclamas, y les adjudicamos acciones concretas para su defensa. Por ello el peso de garantía adquiere una distinción significativa.

Mientras persista la idea de los derechos únicamente como límite, se seguirá patrocinando una protección nada clara en la vida cotidiana, lo que permite en la práctica que los derechos no puedan ser disfrutados. Solo hasta que se les revistió de garantías los derechos logran la dimensión de facticidad, que revoluciona la sociedad y transforma sus más íntimas convicciones.

Las demandas al convertirse en derechos y luego conquistar sus mecanismos para garantizar su efectividad, cierran el círculo que el sistema elabora para tramitar lo que sus asociados requieren, y a la vez dotarles de un espacio claro de ejercicio que les facilite su desenvolvimiento como individuos. Esta versión de completitud de los derechos, es solo aparente. Sin duda ellos se muestran como instancias de protección, demarcando acciones y reglando conductas; pero esta disposición *pro libertatis*, no puede dar la cara a los constantes conflictos que rodean la vida de los derechos. Sus funciones se cumplen en un verdadero campo minado, y en su interior,

que impide ver a los derechos sociales como obligaciones asumibles por la comunidad.

se condensan a menudo diversos conflictos (Kennedy, 1999).

E. Los derechos como necesidades fundamentales

Una demanda es expresión de una necesidad. Una necesidad no es aquello que es indispensable para vivir. Es aquello que deseamos hacer o tener por muchas razones, unas más *necesarias* que otras. La idea de libertad burguesa⁸ es primordial, porque se estructura desde las necesidades de capitalismo. Esta manera de concebir la libertad de estar en el mercado, es una necesidad que ocasiona una demanda tangible que por medio de revoluciones, pactos u otros medios que en últimas fueron legales, se convirtió en cosas que llamamos derechos⁹. Eso que no negociamos más.

Así, los derechos son necesidades fundamentales. Esta fundamentación es fruto del reconocimiento social que debe cubrirse con esas necesidades, y del grado de legalidad y legitimidad que revisten una vez admitidas en el sistema jurídico. Porque no todas las necesidades están fundamentadas, toda vez que no todas están reconocidas. Pero para el futuro toda necesidad puede estar fundamentada y, por ende, convertirse en derecho.

En esta línea, las necesidades fundamentales no son otras que las que los escenarios políticos aceptan que lo son. Todo derecho no es más que la imagen de la discusión pública, y por ello la búsqueda de fundamentos ajenos a las ágoras, no se compadece con la realidad de lo que hacen los derechos. Es la lucha política lo que hace a los derechos valiosos, el reconocimiento de un derecho,

⁸ Es en esta idea de libertad burguesa, que se piensa que el mayor castigo para un hombre es privarle de la libertad. Este es el origen de la cárcel como mecanismo por excelencia de represión en el Estado liberal. Es la necesidad la que crea la demanda y la demanda el derecho.

⁹ En efecto, tenemos diversidad de ejemplos sobre esta materia: Carta Magna, Habeas Corpus Act, Bill of Rights, Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, etc., que manifiestan, mediante derechos, las luchas políticas que las produjeron.

no es sino una muestra de lo que la voluntad de grupos de presión puede hacer (Tushnet, 1984).

Así, se encuentran coincidencias con la denominada teoría externa de los derechos o teoría de los derechos limitables (Borowski, 2003). Esta tesis sostiene que no existe un núcleo esencial determinado, pero sí determinable. Todo derecho es limitable con respecto a las consecuencias jurídicas que produce, verificando si el derecho *prima facie* ha sido limitado eficazmente en el caso específico. La teoría de los derechos no limitables, por su parte, considera que desde el inicio el derecho existe con su contenido determinado y en la aplicación se prueba si el núcleo esencial es el verdadero en el caso de estudio.

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

Hemos hasta el momento establecido las condiciones de fundamentación de los derechos y expresado la importancia de realizar este tipo de ejercicios en las sociedades contemporáneas. A continuación efectuaremos un ejercicio más preciso, pues expondremos algunas teorías que expresan esos significados de justificación de los derechos, para poder hacer una aproximación al derecho a la inclusión digital y explorar algunos elementos para su fundamentación.

F. Los argumentos de la existencia de un derecho

No se trata de realizar aquí un examen de validez, sino por el contrario, nos acercamos a los argumentos de Alexy (1994) y su modelo de tres gradas, en el cual plantea una mirada analítica de los derechos. Los derechos pueden estudiarse desde tres aspectos principales: argumentos de fundamentación, argumentos de estructura y argumentos de exigibilidad. De este modo, es

posible observar los diferentes fenómenos de los derechos de manera aislada, sin que ello signifique la escogencia de un solo aspecto, sino que se exponen por separado como forma de análisis. Así, los derechos siempre tendrán al menos estos elementos para su estudio.

Hecha esta aclaración, nuestra aproximación es por supuesto desde la fundamentación, y no, todavía, desde los otros elementos. La fundamentación consiste en un ejercicio explicativo de los diferentes argumentos que expresan la existencia del derecho en el plano discursivo. No se trata entonces, de una perspectiva estrictamente jurídica, sino más bien la de justificar por qué para esta o aquella sociedad un derecho es importante. Esta importancia puede conducir a su positivización, ya sea en el campo del derecho internacional público, o del derecho interno. Pero esta disposición textual es apenas una posibilidad dentro del campo de la fundamentación, pues se trata justamente de examinar aspectos que desbordan al derecho como norma jurídica en su sentido completo.

G. Las teorías tradicionales de fundamentación de los derechos

Aunque el territorio sobre la fundamentación puede cubrir áreas como la historia, la teoría política, la economía, la sociología, la filosofía, etc., tradicionalmente se conocen tres teorías que vertebran las declaraciones de los derechos de los últimos trescientos años. Fioravanti (2003) hace esta aproximación y las denomina: el modelo historicista, modelo individualista y modelo estatalista.

El modelo historicista señala que los derechos se justifican en el marco de un proceso histórico de acuñación de la tradición de una nación. En este sentido, el cúmulo de experiencias político-jurídicas de la sociedad de forma gradual y generalmente lenta, confecciona cada argumento que contribuye a una elaboración completa de la existencia de los derechos. Esta visión, suscita preguntas como: ¿son siempre los argumentos del pasado plausibles para la justificación del presente?, ¿cómo se articulan los cambios, cuando estas estructuras tradicionales pretenden la

conservación y no la transformación?, y ¿quién realmente fundamenta el proceso?, pues parece invisibilizarse a los sujetos a favor de una especie de razón de la tradición.

Desde luego, que los más prominentes exponentes de esta visión se encuentran en la tradición político-constitucional inglesa¹⁰, y en concreto en el Bill of Rights. Respecto a nuestro ejercicio específico, este modo de ver la fundamentación tiene en especial problemas con la acogida de fenómenos que ocurren en un corto lapso de tiempo. El cambio tecnológico parece escapar a las posibilidades de esta fundamentación, pues una de sus características es la enorme velocidad con la cual no solo se presenta como objeto de la invención, sino que en realidad, tiene un fuerte impacto en el campo de la innovación (Ortega y Gasset, 1982)¹¹, es decir, en la transformación de hábitos y usos de la tecnología en la vida de las personas.

Se trata entonces, no solo de afirmar la celeridad con la cual avanza la ciencia, sino también en cómo las sociedades hacen de estos cambios algo que incorporan cada vez con mayor facilidad. Incluso podríamos decir que es un rasgo de las sociedades contemporáneas fundar parte de su funcionamiento y desarrollo desde la perspectiva de la continua transformación tecnológica (Quintanilla, 2006).

¹⁰ Sobre el particular existen numerosas obras. La de Matteucci, *Organización del poder y libertad* (1998), expone con claridad los derroteros de esta discusión, especialmente cuando se alude a la Revolución Gloriosa. Pero de manera profunda en *La lucha por la Constitución de Dorado Porras* (2001), se realiza una magnífica revisión de los conceptos de common law y fundamental law, que recrean buena parte de la comprensión del historicismo constitucionalizado. Sobre la crítica a esta comprensión historicista, se conoce la que presentó Dicey, pues sugiere que la interpretación de la Constitución inglesa, es de orden jurídico y no histórico, sobre estos elementos de la teoría inglesa, expuesta por Marshall en su teoría de la Constitución (1982).

¹¹ El debate sobre la relevancia y la comprensión del significado de la tecnología tanto como transformación de la vida del hombre moderno, como de las preguntas éticas que encierra su desarrollo, lo adelantaron de modo notable autores como Ortega y Gasset, Heidegger y Bunge.

La fundamentación individualista (Fioravanti, 2003) que es probablemente la más difundida en la teoría de los derechos, pero al mismo tiempo la que más recibe críticas en las últimas décadas, establece su punto de partida en el estatuto epistémico del iusnaturalismo. Esto es, señala que el mundo estaría construido por verdades, conceptos únicos, y que estos se descubren a través de la razón, al menos si hablamos del iusnaturalismo racionalista, el más importante en el marco de la teoría liberal de los derechos.

Según el iusnaturalismo, estas verdades son eternas, perennes e inmutables¹². Desde aquí nacen las características más tradicionales de los derechos: universalidad, imprescriptibilidad e inherencia. Nuestra pretensión no es iniciar una larga discusión sobre las dificultades de la propuesta iusnaturalista, sino establecer la pertinencia de sus argumentos respecto de un ejercicio de fundamentación sobre el derecho al acceso al Internet.

Desde este punto de vista, los derechos se fijan de manera inmanente, es decir, pertenecen a los seres humanos conforme nacen. La existencia de los derechos está referenciada en el entorno exclusivo del individuo, pues es este quien da razón a la misma existencia de los derechos. Uno de los asuntos más controvertidos de esta postura se sitúa en la carencia de un contexto específico de la irrelevancia de las condiciones sociales, económicas y políticas en las que se justifique el derecho, ya que, la universalidad le hace ahistórico y revestido de una aparente neutralidad.

Esto es así porque los contenidos que fundan los derechos desde la perspectiva individualista son metafísicos e indiscutibles al fin de cuentas, pues ellos son descubiertos por la razón, y no creados por los hombres y sus sociedades particulares.

¹² “El conjunto de la escuela racionalista del derecho natural desarrollará hasta sus últimas consecuencias las tendencias secularizadoras del Renacimiento. La razón humana se considerará más en su autonomía, separándose la filosofía de la teología y el derecho natural dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna para convertirse en la creación de la razón apoyada sobre sí misma” (Truyol y Serra, 1995, p. 195).

Las preguntas sobre este tipo de ejercicio surgen rápidamente: quién determina esos contenidos, cómo puede instituirse la neutralidad que se predica, cómo adaptar los derechos a las condiciones contingentes de la historia si por premisa ellos son inflexibles; si es posible determinar el núcleo de un derecho desde una única respuesta y por último, cómo articular esta visión en el marco constitucional contemporáneo en donde se respeta profundamente la diferencia y se protege a las minorías.

La fundamentación estatalista (Fioravanti, 2003) comprende el fenómeno de los derechos como expresión misma del poder estatal; esto es, que los derechos no son ni previos al Estado, ni producto necesariamente de la historia, sino que es el Estado en ejercicio del poder soberano y conforme con un sistema de competencias y controles, quien es el que crea los derechos como acto jurídico en el marco del contexto político y socioeconómico.

Esto quiere decir que los derechos solo existen en razón a este poder y que no pueden ser ejercidos o reclamados como jurídicamente válidos hasta tanto no se determine su existencia en el ordenamiento estatal. Los derechos en este sentido, son tan variables como el Estado mismo lo decida y tan legítimos y eficaces como ese Estado lo sea. Visto así, solo los Estados pueden crear los derechos y solo ellos pueden brindar las posibilidades para su desarrollo.

Ahora bien, ¿pueden los Estados contemporáneos gozar de tan ilimitado poder? En realidad en la actualidad el asunto es un poco más complejo, porque si bien se puede rechazar la postura inmanente del liberalismo clásico, no parece plausible aseverar que los Estados modernos pueden sin más no solo crear los derechos, sino sobre todo eliminarlos en el ejercicio de la *potestas*. Autores clásicos como Schmitt, en la reciente posguerra hablaban a lo largo de su obra del concepto de canon constitucional, que no es otra cosa, que los mínimos que se consideran parte del constitucionalismo liberal y de contera del social. Desde la perspectiva política y del derecho internacional público no parece tan sencillo asegurar

que los Estados pueden hacer y deshacer lo que desean, sobre todo porque es claro que existen cada vez más límites resguardados al ejercicio de este tipo de autoridad, que fácilmente se convierte en autoritarismo. De manera que, si bien no se trata de definir los mínimos de la naturaleza o la razón, sí de elementos de consenso que las sociedades siguen construyendo y una parte muy importante de estos se les denomina: derechos fundamentales.

Por otro lado, la idea de que el Estado tiene una voluntad y que esta es cognoscible de modo individual a la sociedad, tiene su origen en teorías voluntaristas¹³. Lo que parece suceder más bien es que el Estado es una suerte de conexiones entre diversos poderes latentes en la sociedad. Así que este Estado es finalmente un medio para articular la diversidad y la complejidad que presentan las sociedades contemporáneas. Incluso la democracia como medio de construcción de la voluntad parece insuficiente como única forma de orquestación de voluntades.

En resumen, una visión estatalista atenta directamente contra las premisas de universalidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, pues se trata justamente de poner a disposición del Estado estas *potestas*. Sin embargo, en la actualidad esta tensión no se resuelve con un modelo puro de voluntad de Estado, sino que entran en juego diversos discursos que combinados explican cómo los Estados terminan reconociendo los derechos. Es decir, la visión del Estado como supremo ordenador no cuenta con un sustento de legitimidad a la luz de la teoría contemporánea de los derechos. De manera que el Estado, tiene múltiples mediaciones para poder actuar. La democracia, el derecho internacional público, las relaciones internacionales, los procesos

¹³ Como fruto de la reflexión iusnaturalista racionalista del Estado, este fue cobrando cada vez más una estructura desde la perspectiva de una voluntad única, cognoscible. Es entonces el siglo XIX, donde esta versión de la comprensión estatal gana una enorme fuerza, a la luz del protagonismo del mismo en la interpretación de la administración de los asuntos públicos. Una aproximación sobre estos elementos puede verse en la obra de Dabin(2003).

socioeconómicos y las condiciones políticas, son entre otros, quienes regulan, afectan y enfocan el esfuerzo estatal.

En el caso del derecho al acceso a Internet podemos advertir varios motivos que deben de seguro impulsar al Estado a reconocer y mejorarlas condiciones de exigibilidad del derecho. Estas razones son:

1. El acceso a Internet como mecanismo de protección de otros derechos. Es una de las áreas más dinámicas en donde se destaca la creación de dispositivos institucionales y técnicos para garantizar que los datos de diferente naturaleza, puedan protegerse integralmente. Esto significa tanto la publicidad del dato público, como la veracidad y adecuada utilización de los datos privados. En Colombia la ley 1581/2012 regula esta materia.
2. El acceso a Internet como herramienta para desarrollar otros derechos y valores constitucionales. Se reconoce que derechos como el *habeas data*, la intimidad y el buen nombre, con frecuencia se relacionan con el acceso y uso de TIC. No obstante, derechos como la seguridad social, la salud, el trabajo, la libertad de cátedra, la libertad de expresión, el de petición, de propiedad, entre otros, se encuentran cada vez más estrechamente vinculados con la utilización de estas tecnologías. Este uso no solo es un asunto perimetral del derecho, sino que en ocasiones afecta de forma directa su desarrollo y protección; por ejemplo el caso del derecho de petición o el de expresión.
3. El acceso a Internet como materialización de la democracia. En consonancia con las ideas de la ciudadanía digital, la democracia cada vez más se despliega en ambientes virtuales o con herramientas que implican el acceso y alfabetización digital. La participación política, el derecho de asociación e incluso de reunión, tienen en los escenarios virtuales un espacio cada vez más importante. Por otro lado, así como se ha afirmado la

imposibilidad de comprender la democracia sin la concreción de garantías a partir de la posguerra, de igual manera la ausencia de disponibilidad de las TIC y el acceso a Internet, representan una talanquera clara para la existencia de la democracia material.

4. El acceso a Internet como mecanismo para el alcance de la igualdad material. La inclusión digital. Esto representa un gran reto para los gobiernos globales, pues eliminar la brecha digital sirve como medida eficaz en contra de esta exclusión.

H. La clasificación histórica y la fundamentación

Otra aproximación común respecto a modelos de fundamentación, alude al denominado modelo histórico o clasificación histórica (Peces-Barba, 2007¹⁴, que tiene como hilo conductor la concepción de los derechos conforme con tradiciones o momentos históricos claves del mundo occidental, para determinar por medio de cartas de derechos la existencia de los mismos. Así el derecho al acceso a Internet, si es reconocido como derecho deberá tener un lugar en este tipo de clasificación, el cual, responde desde luego a su naturaleza e importancia.

Esta clasificación indica que los derechos que dieron fundamento a las revoluciones burguesas –con especial acento en la Revolución Francesa

¹⁴ Peces-Barba y otros llaman la atención sobre las enormes dificultades que implica la clasificación histórica, pues en una revisión cuidadosa de la misma es fácil notar que no todos los derechos responden a la dinámica histórica descrita. Por ejemplo, el derecho a la educación que generalmente es puesto en la segunda oleada de derechos, tiene no solo un reconocimiento significativo en la literatura de las revoluciones burguesas, sino que además goza de protección en algunas constituciones de ese periodo. Además, esta clasificación parece pasar por alto el contexto de su misma creación, que no es otro que la Guerra Fría, en donde el bloque occidental presionó por contar con un tratado internacional de derechos acorde con los intereses capitalistas de la posguerra; el bloque socialista hizo lo mismo en el seno de las Naciones Unidas. Este resultado hace que sea más bien una catalogación de corte ideológico que histórico.

y en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano—, construyen una primera categoría. Otras declaraciones anteriores como el Bill of Rights inglés y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, serían significativos antecedentes. Tales derechos, conocidos como de primera generación, configuran las libertades básicas que sostienen el modelo liberal, y que se les considera en la literatura tradicional como derechos de abstención o libertades negativas.

En cuanto al derecho al acceso a Internet, tendríamos que decir, que claramente existen diversos derechos de esta categoría que tienen una relación directa. La libertad de expresión, la libertad de reunión, la intimidad, el buen nombre, la participación política y la libertad de conciencia, presentan en efecto nexos con el uso de tecnologías. Si esto es así cabe preguntarse, si es necesario entonces reconocer un nuevo derecho o si con estos mencionados se protege lo que quiere significarse con un derecho de acceso a Internet.

La existencia de un derecho obedece a la posibilidad de contar con una estructura dogmática específica compuesta por el núcleo fundamental—elementos que solo tiene ese derecho y no otro—, un titular y un obligado. El núcleo del derecho al acceso a Internet no es el derecho a la intimidad, pues de lo contrario el primero es un falso derecho, o al menos, no cumple con una estructura jurídica suficientemente fuerte para reconocerle, en el plano de fundamentación, como derecho.

Otra cosa distinta es que haya un vínculo estrecho entre derechos, asunto que no es novedoso en la literatura de los mismos. Es el caso del derecho al mínimo vital y su ligazón con los derechos al trabajo y la salud, o el derecho al debido proceso y su conexión con los principios de juez natural y legalidad. Ahora bien, no es este el momento para desarrollar de manera completa estas ideas, pues no pertenecen al nivel de fundamentación, asunto sobre el cual nos encontramos disertando. Si el derecho al acceso a Internet, no puede establecerse históricamente en las revoluciones burguesas del siglo XVII al XIX, pues como parece de Perogrullo decir, no es un derecho de primera

generación. Ahora bien, si el criterio no es en estricto histórico, sino hace más bien énfasis en su visión como derechos de abstención, podría afirmarse que un derecho al acceso a Internet involucra sin duda elementos propios de las tradicionales libertades negativas, ya que por ejemplo, formará parte de este derecho la posibilidad de escoger el tipo de servicio y el prestador del mismo, o no deberá el Estado obligar a nadie a participar en un blog, o no podrá a nadie obligar a un apagón cibernético si no lo desea.

Así las cosas, observamos que este derecho tiene un importante nexo con derechos denominados *libertades fundamentales*, pero esta relación no parece ser una razón suficiente para su existencia, claramente no es un derecho de primera generación, aunque el lazo descrito podría ser una posibilidad de argumentación.

Los derechos de segunda generación hallan su momento más conspicuo en el texto de la Constitución de Querétaro y de Weimar (Peces-Barba, 2007); allí se presentan como herramientas para contrarrestar las desigualdad que se evidencia en el Estado de derecho, por ello se les relaciona con la asunción del Estado social de derecho, y se les señala como derechos prestacionales, es decir, que albergan la necesidad de establecer obligaciones de garantía o positivas para su eficacia y exigibilidad. Desde esta perspectiva, ¿puede el derecho al acceso a Internet ser un derecho social? ¿Puede vincularse históricamente a los derechos de segunda generación?

Comenzaremos por el segundo interrogante, que debe ser desde luego, contestado negativamente, puesto que a los derechos sociales se les ubica históricamente desde finales del siglo XIX hasta el periodo de entre guerras. Pero como ya indicamos, esta perspectiva histórica es equívoca o por lo menos insuficiente para explicar la naturaleza de los derechos sociales, puesto que si bien ya existen algunos históricamente antes del periodo descrito, continúan desarrollándose, como sucede con los derechos al vestido, el agua, la alimentación, el mínimo vital, etc. (Torres, 2013). Sobre la naturaleza prestacional

y su relación con la igualdad material, vale la pena hacer una revisión detallada, puesto que la denominación de inclusión digital justamente alude a estos dos aspectos.

I. El carácter prestacional y la promoción de la igualdad del derecho al acceso a Internet: la inclusión digital

El primer aspecto que sugiere la idea de derechos sociales es el de su carácter prestacional: los derechos sociales implican una acción positiva del Estado¹⁵ que por lo general se liga a la disponibilidad de recursos para hacer realidad tales derechos (Schneider, 1979). Se percibe a los derechos sociales como derechos que engendran obligaciones de hacer (González, 2002), con lo cual se plantea una diferencia con los derechos de libertad que contienen obligaciones de no hacer o de abstención.

Sobre lo anterior deben hacerse varias precisiones. Desde un punto de vista histórico, los derechos sociales surgen como respuesta a las insuficiencias del sistema propuesto por el Estado liberal decimonónico. Como se sabe, el Estado liberal propugna por una presunta pasividad en materia social¹⁶, con lo que su acción solo se justifica en

la medida en que se requiriese defender el equilibrio que plantean el mercado y las reglas de la democracia burguesa. De esta manera, el Estado solo estaba autorizado a respetar los derechos y no a promover acciones que modifiquen el orden social y económico (Eguiagaray, 2001)¹⁷.

Este elemento que reiteradamente se cita en un estudio de los derechos sociales, es relevante para el análisis del derecho al acceso a Internet, puesto que en el escenario actual se presentan dos circunstancias claves para comprender los problemas de fundamentación que encierra su defensa constitucional: por un lado, el contexto ideológico de los planteamientos del neoliberalismo, como forma político-social, ya que sugiere un rechazo a acciones directas de protección, cuando estas engloban acciones directas de garantía como son las que se denominan positivas o de hacer. La explosión de derechos, o la manifestación de demandas sociales riñen con esta postura. Como consecuencia de este rechazo se da la privatización de servicios, y con esta la afectación de los derechos. La lógica privada, se funda en la maximización de beneficios, lo que no siempre garantiza que los derechos puedan atenderse de manera eficaz, y por el contrario se observen deterioros sociales,

¹⁵ Los críticos de los derechos sociales como derechos humanos entienden que reconocer su existencia es asegurar que todo ser humano tiene el derecho y el deber correlativo, de tener unas condiciones mínimas de existencia. Esta circunstancia de expansión de deberes se observa como un sinsentido, puesto que tal número de demandas no es posible de cumplir, ya que ante el problema de los recursos escasos ninguna sociedad, hasta la más rica, puede satisfacer tales derechos. Este argumento se encuentra en especial en la obra de Carl Wellman. Dicha concepción de multiplicación de prestaciones en vez de ser problemática, creemos que abre un camino, ya que expresa la necesidad de asumir el costo total de los derechos de bienestar por todos. Así las cosas, los derechos sociales no son solo derechos contra el Estado sino contra todos los que estén obligados. Como explicaremos más adelante, los obligados son aquellos que tengan la capacidad para dar esa ayuda, no pudiendo desconocer una posición normativa justificada.

¹⁶ El Estado liberal no es un Estado que no interviniera, al igual que hoy lo hace con dinamismo el Estado neoliberal, el Estado injiere en los asuntos de vida pública,

debido a que se requiere de su agencia para garantizar los procesos económicos y sociales. La característica precisa del Estado liberal está en las formas y objetivos que tienen esa intervención. Esto queda ilustrado en las concepciones sobre la política social del Estado en el siglo XIX. El Estado sí intervenía manteniendo la estructura del capitalismo, y sus acciones se encaminaban a hacer de la libertad en el mercado su objetivo primordial. Con la crisis del capitalismo de comienzos del siglo XX, esta posición toma un nuevo rumbo, y para esto se vale de instrumentos más directos y agresivos para transformar la sociedad ante un nuevo modelo político, económico y social. El tema fue ampliamente desarrollado por Ashford (1989) en La aparición de los Estados de bienestar.

¹⁷ Estas son ideas que la nueva derecha rescata para atacar al Estado bienestar. En 1967 en el Hotel du Parc en Suiza, se conformaba la sociedad de MontPelerin, que por invitación de Von Hayek, se reunieron personalidades como Milton Friedman, Karl Popper y Ludwig von Mises, cuyo punto en común era su rechazo al Estado bienestar. Aquí se fundaba el grupo más importante de críticos al Estado bienestar, teniendo treinta años después su momento más influyente. En Colombia el debate está en un punto cardinal, debido a que las mayorías políticas se sitúan hacia esta concepción de la política.

justamente con aquellos que no pueden pagar el costo de los servicios (López, 2009). El acceso a Internet se perjudica por esta lógica, lo que implica que afecte la generación de equidad.

Por otra parte, esta dimensión prestacional pone de relieve los derechos como libertades positivas y negativas (Berlin, 1988). Las libertades negativas no requieren, según sostiene esta idea, de acciones concretas del Estado, por lo cual, este lo único que debe hacer es abstenerse de violar el núcleo de estas libertades. En general, los derechos de primera generación se consideran los integrantes de estas libertades. Así, los derechos fundamentales se construyen como categorías para una concepción en concreto, la del Estado liberal. Esta estructura de abstención orientada por una idea específica de Estado, requirió entonces, de una reinterpretación, con el objeto de integrar los derechos sociales conforme la presión del proceso histórico del bienestar que impuso su reconocimiento. Ahora bien, en lo que respecta al derecho al acceso a Internet, esta dicotomía no es tal como señalamos antes. Ya que en una observación general, nos encontramos con dimensiones de abstención y con aspectos de garantía.

Contar con las redes informáticas, la energía eléctrica y los equipos necesarios para ejecutar las actividades propias del ambiente digital, se acompaña de la elección de qué páginas se visitan, qué expresiones se dan y qué servicios se escogen para desarrollarse como ciudadano digital (Galindo, 2009; Mossberger, 2008; Sierra, 2012)¹⁸. Esta observación de enorme valor se ha estudiado en profundidad en la literatura de los derechos sociales.

¹⁸ Siguiendo las ideas de Marshall (1998) cuando plantea que una verdadera ciudadanía solo es posible cuando las condiciones de igualdad material, que se traducen en derechos sociales, puedan ser disfrutadas por todas las personas, podríamos reflexionar que las obligaciones de respeto y garantía derivadas del derecho a la inclusión digital, se convierten en uno de los elementos centrales de las democracias contemporáneas, pues las personas no pueden hoy disfrutar de sus derechos, como tampoco realizar el valor de la democracia, sin condiciones de alfabetización digital y disponibilidad tecnológica. A esta interpretación se le conoce como ciudadanía digital.

De esta forma, la literatura contemporánea de los derechos sociales, rechaza la tesis que sostiene que no todos los derechos de primera generación o libertades negativas carecen de contenido prestacional (Cascajo, 1988). Los ejemplos más comunes al respecto son el derecho a la asistencia letrada en el juicio y el derecho a la vida o a la seguridad personal, pues todos requieren de una infraestructura clara para la defensa que acarrea una inversión por parte del Estado.

En esta línea de defensa de los derechos, todo el sistema judicial requiere de enormes sumas de dinero del Estado para hacer efectivos derechos como la propiedad y sus anexos, o la libertad contractual. Así las cosas, el Estado sí precisa de vastas prestaciones para mantener el aparato represivo y buena parte de la burocracia destinada a garantizar esas libertades negativas. Por ello, no parece que la dimensión de las prestaciones sea característica exclusiva de los derechos sociales, sino que es una manifestación necesaria de todos los derechos como fines del Estado de derecho (Contreras, 1994)¹⁹.

Tampoco es cierto que en los derechos sociales o que se denominan como tal, se tengan contenidos negativos u obligaciones de respeto. Los ejemplos más evidentes son el derecho de asociación y el de huelga, donde el Estado solo debe actuar de igual manera que con un derecho de libertad negativa, con la abstención de cualquier acción para permitir el libre ejercicio de las actividades sindicales. Y dentro de este mismo marco de análisis, los derechos sociales, si bien pueden comprender una prestación, en muchas ocasiones contienen una abstención u obligación de no-hacer.

Es el caso de la obligación del Estado de no afectar la salud, que se traduce en la abstención de este de no atentar contra la vida, la integridad de una persona, o impedir el ejercicio del derecho al trabajo, o el ingreso ala escuela, en el caso de la

¹⁹ Al respecto dice HelmutWillke, citado por Contreras: "ningún derecho es totalmente self-executing; todos los derechos (tanto los derechos-autonomía como los derechos-participación) presuponen amplias medidas estatales, programas o dispositivos institucionales".

educación. El criterio de abstención-acción, o lo que es lo mismo hacer-no-hacer, es un análisis orientado a los derechos, y un aspecto de los mismos, un tipo de acción que se necesita para su protección.

Este último elemento es importante porque lo que se quiere hacer notar es que los derechos en general tienen, desde esta perspectiva, una doble dimensión de abstención-prestación conforme es menester para su tutela efectiva (Abramovich y Curtis, 2002) y, por supuesto, el derecho al acceso a Internet no es indiferente a esta situación.

Gomes (1988) analiza este aspecto prestacional que se expresa en la jurisprudencia alemana como derechos de defensa (*abwehrrecht*) y derechos de prestación (*leistungsrecht*). Los derechos de prestación son derechos de cualquier ciudadano a un acto positivo de los poderes públicos. Pero los actos positivos no son solo la construcción de una escuela o de un hospital, estos actos son tantos como herramientas de intervención tiene el Estado. Gomes (1988) señala los siguientes posibles actos positivos:

1. Exigencia de protección frente a otros (derecho penal y sistema represivo).
2. Atribución por parte del Estado a los ciudadanos de una posición organizadora y procedimentalmente relevante para la defensa y ejercicio de los otros derechos.
3. Derecho a prestaciones fácticas.

En el caso del derecho que nos ocupa, se observa que la jurisprudencia colombiana viene diseñando un marco de acciones similares a las que indica Gomes (1988). La creación de mecanismos institucionales como la delegada para la protección de datos, el desarrollo del *habeas data* y la construcción de una política pública de acceso muestra la complejidad actual del derecho al acceso a Internet.

Parece claro entonces que el argumento prestacional dice bastante poco sobre los derechos sociales²⁰ y en especial, sobre el derecho al

²⁰ No pretendemos hacer una definición exhaustiva de los

acceso a Internet. No obstante, el interés por el análisis prestacional pone énfasis en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y es el abandono de su examen exclusivo como límites al poder (Martin-Retortillo, 1988).

El interés por este hecho es el inicio de una interpretación que permite que los derechos y, en particular los derechos fundamentales, se vean más allá de su aspecto defensivo para configurarlos como necesarios instrumentos del desarrollo social. Después de la Segunda Guerra Mundial²¹, como en efecto manifiesta Häberle (1997) en su teoría del doble carácter de los derechos, que los derechos sean más que límites al poder para convertirse en el objeto y fundamento del mismo, genera obligaciones directas de protección a todos los funcionarios del Estado.

Lo anterior certifica la importancia de este ejercicio, pues afirmar del derecho al acceso a Internet que o bien no es un derecho, o que es prestacional como si ello solo significara que es programático, termina afectando varios intereses especialmente protegidos en nuestro ordenamiento constitucional como: la dignidad humana, la igualdad y la participación democrática.

Sobre el debate de la categorización de los derechos, la profesora Yolanda Gómez (2004) plantea algunos ajustes a la clasificación histórica, atendiendo parte de las críticas de Peces-Barba (1997). Gómez señala una tercera generación de derechos que denomina derechos de solidaridad. Se trata de nuevos derechos o bien de antiguos derechos, pero redefinidos. Gómez distingue tres bloques de derechos: “a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad. b) Los derechos relativos a nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana [y] c) los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la

derechos sociales, sino aproximamos a su núcleo semántico a través de comentarios sobre sus características.

²¹ Este aspecto objetivo se observa claramente en las propuestas de Marshall y su teoría de la ciudadanía social, que ya mencionamos, así como en la relectura de la obra de Jellinek y sus status *libertatis* y *civitatatis*, como dimensiones dentro de la teoría de los derechos públicos subjetivos.

información” (2004, p. 241). Como se observa, la autora considera la existencia de diversos derechos derivados de las TIC, entre estos:

- Derechos a la comunicación y a la información: información completa y veraz; derecho de acceso a la información de relevancia para la humanidad; derecho a la información genética; derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos y opiniones; derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados; autodeterminación informativa; derecho a la protección de datos de índole personal y familiar.
- Derechos en la red: derechos informáticos, derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones, derecho a la vida privada en la red, al honor y a la propia imagen, propiedad intelectual e industrial en la red.
- Derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación.

La propuesta si bien nos parece interesante porque pone en evidencia los derechos en relación con las TIC, no creemos que supere las críticas que suscitan los modelos históricos de los derechos, que de todas formas tienden a negar la importancia de todos los derechos y su interdependencia. Por ello, la tesis de la integralidad de los derechos (Mesa, 2010; Perdomo, 2011), que plantea justamente salir de las trampas históricas y de los modelos ideológicos, para insinuar que en los sistemas constitucionales como en el mismo derecho internacional, los derechos son en su conjunto los pilares básicos de las sociedades contemporáneas, y que estos, se requieren no por secciones o por partes, sino que su interrelación es realmente su mayor fortaleza como expresión de los conceptos de legitimidad y garantía de la dignidad humana.

Conclusiones

A modo de conclusión podemos señalar al menos tres ideas centrales:

Primera. Establecer la relevancia de los discursos de fundamentación como mecanismos de concertación y construcción de las instituciones

que deseamos para nuestras democracias. La fundamentación de los derechos en especial, establece límites y categorías que permiten erigir los escenarios dogmáticos sobre los cuales el Estado elabora las herramientas tanto jurídicas como de políticas públicas con las que se materializan los contenidos que implica un derecho.

Es decir, se hace indispensable reconocer los debates de construcción de la arquitectura de los derechos para determinar con más claridad asuntos tan trascendentales para la discusión pública como: qué cosas defienden, a quiénes defienden y qué instrumentos son los adecuados para elaborar las condiciones de eficacia de los mismos.

Segunda. La creación de derechos es un hecho no solo posible sino que ocurre permanentemente, dado que los derechos son apenas correlatos de los conflictos sociales, económicos, culturales, etc. De esta manera, dejar de lado las teorías que sostienen que los derechos son estructuras rígidas y que de su petrificación depende la existencia del sistema jurídico-político es apenas un espejismo, que con probabilidad se fundamente en la clara influencia iusnaturalista de los derechos en los orígenes del liberalismo.

De ahí que los esfuerzos para la existencia de tales derechos deben situarse en la elaboración de dogmáticas que conciban el cambio normativo como elemento cotidiano de estos, pero que a su vez diseñen una red cada vez mejor establecida de las condiciones de eficacia de los mismos como producto de su relación con los reclamos y necesidades sociales.

Tercera. El derecho a la inclusión digital es un derecho complejo que está en formación, pero ante lo cual no significa que no hallan buenas razones para construir y definirlo como un derecho central en las democracias de hoy, pero de modo profundo en el futuro cercano. No se trata solo de reconocer el auge tecnológico como factor de la innovación que implica la transformación de las sociedades, sino también evidenciar las brechas y desigualdades que este cambio tecnológico registra y reproduce.

El derecho a la inclusión digital por tanto, no solo tiene fundamentación en las teorías tradicionales de los derechos, sino que comporta elementos definidos de los derechos sociales y de los derechos de libertad, lo que implica el reconocimiento de obligaciones de respeto y de garantía para su existencia. Aunque se ha avanzado, especialmente en las áreas de protección de datos y *open government*, es cierto que falta mucho camino por recorrer. No solo a las administraciones, sino en específico a los juristas para que puedan mejorar las condiciones de estructura y exigibilidad, no solo del derecho a la inclusión digital, sino de todos aquellos derechos que presentan grandes transformaciones a la luz del desarrollo tecnológico actual.

Referencias

- Abramovich, V. & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1995). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.
- Ashford, D. (1989). *La aparición de los Estados de bienestar*. Madrid: Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social.
- Berlin, I. (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cabezudo, N. (ed.). (2011). *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Cascajo, J. (1988). *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Castells, M. (2011). *La era de la información: economía, sociedad y cultura. Vol.1*. México D. F.: Siglo Veintiuno Editores.
- Contreras, F. (1994). *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos.
- D'agostini, F. (1997). *Analíticos y continentales*. Madrid: Cátedra.
- Dabin, J. (2003). *Doctrina general del Estado: elementos de filosofía política*. México D. F.: UNAM.
- Dorado, J. (2001). *La lucha por la Constitución: las teorías de la fundamental law en la Inglaterra del siglo XVII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R. (1984). *Rights as trumps. Theories of rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- Eguigaray, J. (2001). *Las políticas socialdemócratas en un mundo globalizado. Estado de bienestar y socialdemocracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Feinberg, J. (1973). *Social philosophy*. Nueva Jersey: Prentice Hall.
- Fioravanti, M. (2003). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Galindo, J. (2009). Ciudadanía digital. *Signo y Pensamiento*, 54, p. 164-173.
- Gomes, J. (1988). Tomemos en serio los derechos sociales y culturales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1. 239-260.
- Gómez, Y. (2004). *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México D. F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- González, B. (2002). *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas.
- Griffin, J. (1999). Derechos de bienestar. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, 1. 1-16.
- Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- López, J. (2009). El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios y la cláusula de progresividad de los DESCen Colombia. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 5, pp. 201-240.
- Marshall, G. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Espasa.
- Martin-Retortillo, L. (1988). *Régimen constitucional de los derechos fundamentales. Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.
- Mesa, G. (2010). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad, concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mossberger, K. (2008). *Digital citizenship the Internet, society, and participation*. Boston: MIT Press Cambridge.
- Ortegay Gasset, J. (1982). *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología*. Madrid: Alianza Editorial.
- Peces-Barba, G. (1998). Los derechos económicos sociales y culturales: su génesis y su concepto, en *Derechos y Libertades: Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, No. 6, Madrid, 15-34.
- (2007). *Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica. Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Perdomo, C. (2011). *Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Pintore, A. (2001). *Los derechos insaciables en los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Quintanilla, I. (2006). El cambio tecnológico: cuatro apuntes desde la filosofía. *Revista Empresa y Humanismo*, IX(1). 141-164
- Rorty, R. (1998). *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad. De los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- Rorty, R. (2000). *El pragmatismo, una versión*. Barcelona: Ariel.
- Schneider, H. (1979). Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Revista de Estudios políticos*, 7 35.
- Shue, H. (1980). *Basic rights, subsistence, affluence, and U.S. foreign policy*. Princeton: Princeton University Press.
- Sierra, F. (2012). Ciudadanía digital y sociedad de la información en la Unión Europea. Un análisis crítico. *Andamios*, 9(19), pp. 259-282.
- Susin, R. (2000). *La regulación de la pobreza: el tratamiento jurídico-político de la pobreza, los ingresos mínimos de inserción*. Logroño: Universidad de la Rioja.
- Torres, J. (2013). *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: USTA.
- Truyol y Serra, A. (1995). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado. Del Renacimiento a Kant. Tomo 2*. Madrid: Alianza Universidad Textos.
- Tushnet, M. (1984). An essay on rights. *Texas Law Review*, 62(8). 1363-1403
- Waldron, J. (1996). *Rights and needs: the myth of disjunction. Legal rights, historical and philosophical perspectives*. Ann Arbor: Universidad de Michigan.