



FACULTAD DE DERECHO

LA FORMACIÓN MUSICAL EN LA EDUCACIÓN BÁSICA DEL ECUADOR:
INCORPORACIÓN DE UNA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL
ESTADO

José Diego Sabay Bermeo

2014



FACULTAD DE DERECHO

LA FORMACIÓN MUSICAL EN LA EDUCACIÓN BÁSICA DEL ECUADOR:
INCORPORACIÓN DE UNA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL
ESTADO.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor guía

Jhoel Marlin Escudero Soliz

Autor

José Diego Sabay Bermeo

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA:

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y a dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Jhoel Marlin Escudero Soliz

Doctor en Derecho

CI. 1716482201

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

José Diego Sabay Bermeo

CI. 1716078660

RESUMEN

A lo largo de la historia, la música ha sido conceptualizada por varios pensadores de distintas maneras. Filósofos como Platón vincularon ya a la música con conceptos jurídicos. Él nos plantea una relación real de la música con el Derecho. Tal es la importancia de la música para el mundo jurídico, que Suiza en 2013 incorporó a la educación musical como un artículo constitucional. Con estos antecedentes, el presente trabajo de titulación recomienda la incorporación de una enmienda constitucional que garantice la formación musical en la educación básica del Ecuador como una responsabilidad del Estado. Para el análisis de esta propuesta se desarrollan los siguientes aspectos. Primero, se determinan los derechos individuales, colectivos que se ejercen con la práctica de la música, así como también la función que ella tiene en el Estado. Segundo, se establece la situación de la educación musical, derivado del derecho social a la educación, en el Ecuador. Tercero, se establece que al ejecutar la música se protegen integralmente varios derechos constitucionales, y por esa relevancia elevar la propuesta a nivel constitucional no representa una desproporción jurídica. Por último, se indican los procesos de cambios constitucionales en nuestra Constitución del 2008, y se concluye que el camino más viable para llevar a cabo esta propuesta es la enmienda constitucional, realizada mediante referéndum por iniciativa popular.

ABSTRACT

Throughout history, music has been conceptualized by different thinkers in many different ways. Even as early as Platon, music has been linked with judiciary concepts. He proposes a real link between law and music. In fact, such is the importance of music to jurisprudence, that countries like Switzerland have incorporated musical education as an article of their constitution. As a consequence, this paper recommends, the incorporation of an amendment to the Ecuadorian constitution, guaranteeing basic musical education as an obligation of the State. In order to support said claim, this paper begins by determining which individual and collective rights are exercised while engaging in musical activities, while analyzing the function the State has in said activities. It then establishes the state of musical education in Ecuador as derived by the right to social education. Thirdly, it concludes that, to protect the practice of music, is to protect various constitutional rights, and as a consequence, it is not judicially disproportionate to elevate this proposal to a constitutional level. Finally, it delves in the constitutional mechanisms present in the 2008 constitution, concluding that the more adequate of which would be the constitutional amendment, by referendum.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Capítulo I. La música como derecho individual, colectivo y su función en el Estado.	6
1.1 La música y su función en el Estado.....	6
1.2 La música y el derecho a la libertad de expresión y como mecanismo a un libre desarrollo de la personalidad y una vida digna libre de violencia.	19
1.3 La música y los derechos de propiedad intelectual.....	30
1.4 El derecho colectivo a las expresiones culturales y como una de ellas la música.....	37
2. Capítulo II. El derecho social a la educación y la música en el Ecuador.	51
2.1 Estado de constitucional de derechos y justicia.	51
2.2 Derecho social a la educación.	54
2.3 El derecho constitucional a la educación en el Plan Nacional del Buen Vivir	56
2.3.1 Cifras.....	66
2.4 Protección judicial del derecho social de la educación referido a la música.	67
3. Capítulo III. Cambios Constitucionales: La educación musical debe incluirse en la Constitución.	80
3.1 Procesos de cambios constitucionales en la Constitución del 2008.	82
3.2 La relación de los derechos constitucionales con la música.	86
3.3 Propuesta de enmienda a la Constitución para que se incluya a la educación musical a nivel constitucional.....	90
4. Conclusiones y Recomendaciones	96

4.1 Conclusiones	96
4.2 Recomendaciones	98
Referencias	100

INTRODUCCIÓN

La música posee varias definiciones desde distintos campos del conocimiento. Personas relacionadas con el estudio del cosmos, de la sociología, filosofía, religión, matemáticas, del arte, entre otros, han definido a la música bajo su propia óptica. El texto de Edgar Willems, *El Valor Humano de la Educación Musical*, sirve de referencia para clasificar las distintas concepciones de la música.

La naturaleza de la música en relación con el cosmos expresa las leyes de un orden superior. Revela lo que existe detrás del orden universal e inclusive crea un vínculo entre las fuerzas divinas y el hombre. El filósofo alemán F.Krause sostiene que “La música es una imitación inconsciente de las leyes eternas del mundo, reflejadas en el alma humana” (Krause, como se citó en Willems, 1975, p.168). mientras, que el compositor suizo Alexandre Dénéréaz dice que “La música expresa las profundas leyes reveladoras del orden detrás de las complejidades de los fenómenos. “(Dénéréaz, como se citó en Willems, 1975, p.168). Estos conceptos reflejan que para ciertas personas del saber la música expresa contenidos que van más allá de lo que conocemos como la realidad terrenal en la que se pone en manifiesto la relación del individuo con el universo.

Así mismo algunas concepciones de la música reflejan una relación directa de ella con el ser humano. Por sobre toda las cosas la música es una manifestación del ser y es parte fundamental de la cultura humana, ya que ella está en el mismo ser humano. Es por eso que para el compositor Jacques Dalcroze “La música está en el hombre” (Dalcroze, como se citó en Willems, 1975, p.170). La música nace como una necesidad del humano de expresarse, eso se da a denotar del concepto de Frédéric Chopin, pianista y compositor polaco (1810-1849): “Sabe que la música es una impresión humana y una manifestación humana que piensa, es una voz humana que se expresa” (Chopin, como se citó en Willems, 1975, p.169).. El ser humano por naturaleza es comunicativo y encontró en la música un gran canal para expresar y

manifestar lo que lleva dentro a otros seres y así influir en las relaciones humanas.

Por el mismo hecho que la música proviene del hombre, ella tiene una influencia directa en nuestros sentidos naturales. La música emite sonidos y los combinan, estos son receptados por nuestros oídos y cuando lo reciben de manera armónica se liberan emociones. Ozenfant, pintor suizo, sostiene que la música es el arte más directo, que ingresa directamente en nuestros sentidos. Él sostiene:

“(…) Los sonidos hacen vibrar las fibras armónicas de nuestro oído, y bajo su excitación se liberan las asociaciones afectivas, en forma directa, como si la vibración, del sonido viniera a modificar libremente los movimientos de nuestra actividad; además cuando la música es grande, despertará en nuestro espíritu armónicos mentales”. (Ozenfant, como se citó en Willems, 1975, p.171).

Esa captación de la música por nuestros sentidos también influye en el desarrollo de las actividades del humano, ya que provoca distintas sensaciones. Es por eso, que se usa la música para tener un mejor desenvolvimiento de actividades humanas tales como las de relajación, meditación, deportivas, artísticas, recreativas, entre otras.

La realización de la música implica, también, el uso de la inteligencia humana. Ella además de ser arte es ciencia, ya que, para producir sonidos armónicos debe existir una comprensión del ritmo. En la producción de música el humano desarrolla procesos cerebrales, debido a que su mente trae imágenes generadoras de emociones que se transmiten conjuntamente con la producción de sonidos. El musicógrafo alemán Hugo Riemann sostiene que

“La música es, al mismo tiempo, un arte y una ciencia. Como arte, no es sino la manifestación, de lo bello por medio de los sonidos; pero esta manifestación descansa en una ciencia exacta, formada por el conjunto de leyes que rigen la producción de los sonidos, al

mismo tiempo que sus relaciones de altura y de duración.” (Riemann, como se citó en Willems, 1975, p.172).

Es por eso que sin esta conciencia armónica los sonidos carecerían de un sentido estético, y la belleza de la música no se comunicaría. Es necesario para la comprensión de la música que los sonidos se puedan abstraer por la inteligencia humana, como por ejemplo mediante el uso de procesos matemáticos, para ello nos referimos al criterio del filósofo alemán Leibniz que dice “La música es un ejercicio secreto de aritmética, y quien se libra a él ignora que maneja números.” (Leibniz, como se citó en Willems, 1975, p.173).

Además de la naturaleza científica, la música por sobre todas las cosas es un arte que expresa emociones. Es por ello que va tener un impacto en la afectividad de las personas que ejecutan o reciben los sonidos musicales. Los sentimientos de estas personas van a ser afectados cuando reciban las combinaciones armónicas de la música. Emmanuel Kant, filósofo alemán dice que” La música es el arte de expresar una agradable sensación de sentimientos a través de los sonidos.” (Kant, como se citó en Willems, 1975, p.175). Esto se debe a que el hombre más allá de expresar sus sentimientos, mediante la música, expresa su naturaleza de ser afectivo. Se puede decir que la música más que canalizar las emociones del ser humano, es un medio a través del cual se muestra la naturaleza emocional humana. Henri Delacroix, psicólogo francés habla con mayor exactitud sobre esto, él dice que

“El arte crea la sonoridad interior, es decir, una nueva dimensión de la vida afectiva. La música musicaliza los sentimientos. Se libera de la afectividad común. El arte musical es el punto de contacto entre el mundo sonoro y el mundo afectivo.” (Delacroix, como se citó en Willems, 1975, p.174).

Así mismo la música busca una manifestación sonora, resultado de una composición orgánica de elementos. Estos elementos incluyen la armonía, el ritmo y la melodía, ellos actúan dependientes entre sí para generar un sonido bello, generador de paz. En el antiguo libro chino, Li Chi, compilado por

Confucio (551-478 a.c), se describe cómo la música se utiliza en los rituales para llevar a la civilización a un estado de orden y armonía. Según Confucio las ceremonias tienen origen en la percepción del mundo exterior, mientras que la música parte en una experiencia interior del individuo. Son complementarias entre sí, ya que la música con origen en el sentimiento humano refleja la perfecta armonía del cielo, necesaria para el desarrollo de cualquier civilización, mientras que las ceremonias designan a cada individuo un lugar en la tierra. Dicho precepto, se desprende de la concepción que escribieron los discípulos de Confucio que establece una naturaleza dual del hombre como un ser vinculado a la tierra y al cielo. Con respecto a lo anteriormente descrito el Li Chi manifiesta:

“La armonía es lo que buscamos en la música: ella por lo tanto sigue al cielo, y manifiesta la influencia espiritual expansiva característica de éste. La distinción normal es el objetivo de las ceremonias: ellas por lo tanto siguen a la tierra y muestran la influencia espiritual restrictiva característica de ésta. Por eso los sabios hacen música en respuesta al cielo y organizan ceremonias en correspondencia con la tierra.” (Li Chi, como se citó en Godwin, 1987, p.56).

Es tan poderoso el efecto de la música para esta concepción oriental, que un estado equilibrado del individuo garantiza un equilibrio con la naturaleza. Según el Li Chi como todos los seres humanos compartimos las mismas emociones, el uso de la música junto a la danza y pantomima hace que “Los de alta y baja posición, los viejos y los jóvenes, la escuchan juntos y todo es armonía. Y estos efectos armónicos van más allá del ámbito humano, alcanzan también efectos en la naturaleza.” (Godwin, 1987, p.57)

No se debe olvidar que para el mundo oriental, los preceptos religiosos espirituales sí condicionan al mundo jurídico. La percepción que tiene el individuo sobre la organización mundo que le rodea, su interior y exterior, se manifiesta en las normas jurídicas que ordenan a su sociedad.

Una vez que se ha traído a colación diferentes concepciones sobre la música de distintas personalidades de la historia, definimos a la música como una manifestación humana del lenguaje de las emociones en el que se combinan sonidos de manera armónica, creadora de procesos y vínculos cerebrales, afectivos y espirituales, que responden a una práctica cultural artística del hombre.

Para este trabajo de investigación son relevantes los conceptos que acercan a la música con el mundo del Derecho. Para ello vamos a citar un pensamiento de Platón:

“La música es una ley moral; brinda un alma al universo, alas al pensamiento, vuelo a la imaginación, encanto a la tristeza, alegría y vida a cada cosa. Es la esencia del orden que ella restablece y eleva hacia todo lo que es bueno, justo y bello y, aunque invisible, es la forma deslumbradora, apasionante, eterna de todo ello.” (Platón, como se citó en Willems, 1975, p.177).

Platón, al decir que la música es una ley moral, ya hace un acercamiento con normas de ordenamiento en una sociedad que busca la justicia, objetivo principal del Derecho. Además si hablamos de ley, debe existir un conjunto de individuos que sean normadas por ellas y por esa misma razón un ente ficticio, el Estado, que las cree. Todas estas normas se crean con el fin superior de proteger la libertad del hombre en todas sus formas, justamente criterio que se desprende del planteamiento de Platón. Al decir que la música da “alas al pensamiento, vuelo a la imaginación” se desprende desde ya el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, por citar a estos derechos primordiales. Cuando se habla de “encanto a la tristeza, alegría y vida a cada cosa”, se puede relacionar al derecho a la libertad de esparcimiento y al libre desarrollo a la personalidad. A simples rasgos se observa el vínculo jurídico de la música con el individuo, el colectivo y el Estado que se desarrollara a continuación

1. Capítulo I. La música como derecho individual, colectivo y su función en el Estado.

1.1 La música y su función en el Estado.

No se puede decir que el Estado ejerce de manera real los derechos manifestados en la Constitución como lo hacen los individuos o colectivos al practicar la música, como son por ejemplo los derechos de libertad, ya que el Estado no es titular de estos derechos tal y como el individuo y los colectivos lo son. Este ente jurídico es el encargado de garantizar el cumplimiento de estos derechos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Estado adoptó y oficializó una canción como Himno Nacional, con el objetivo de que su sociedad encuentre en este símbolo un lugar de identificación común. La misma historia del Ecuador es la encargada de demostrar, cómo en medio del debate político de aquel entonces la creación y adopción del Himno Nacional conllevó una búsqueda de valores comunes que lograron la identificación de la sociedad ecuatoriana.

La creación y adopción definitiva del Himno Nacional del Ecuador se logró después de una serie de propuestas de himno que fracasaron al no lograr un impacto real en la nación. Entre la época de 1830 y 1840 aparecieron dos canciones nacionales que no lograron convertirse en Himno Nacional. En 1830 el General Juan José Flores, solicita al poeta José Joaquín de Olmedo que escriba una canción a la patria, dicha canción no tuvo impacto. La segunda canción fallida fue una escrita por el propio General Juan José Flores en 1838. En 1865, el Sargento Mayor Juan José Allende, que también era músico, sostenía que el Ecuador era el único país sin himno. Por eso, presentó al Congreso una composición musical de su autoría con letra escrita por Juan León Mera. Este proyecto de himno tampoco llegó a tener aceptación. El pueblo quiteño no aceptó esta propuesta, lo que ya nos da indicios como el pueblo necesitaba una canción que sí refleje la identidad de todos. Sólo así se podría convertir en el Himno Nacional del Ecuador.

Hasta 1865 el Ecuador no tenía un Himno definitivo y peor oficial. Mientras tanto, para ese entonces el puerto de Guayaquil estaba amenazado por el ejército español. Además se escuchaban noticias de las luchas que se llevan a cabo en Callao y Valparaíso. En ese contexto, el Dr. Nicolás Espinosa solicitó a Juan León Mera (Secretario del Senado de aquel entonces), que escriba la letra del Himno Nacional. Para Alfredo Lara la necesidad del Himno Nacional, se vio influenciada por recordar las gloriosas batallas de nuestro próceres, además para solidarizarse con Chile y Perú que fueron nuevamente sometidos por los españoles. Ese mismo año el Senado aceptó y aprobó la letra del Himno Nacional escrita por Juan León Mera, y ya 1866 se encargó al compositor Antonio Neumane la elaboración de la música del himno. Cabe destacar que desde ese entonces hasta el 8 de Febrero del 2001, mediante resolución el Congreso Nacional declaró como oficial e intangible la letra y música del Himno Nacional del Ecuador. Se legalizan las partituras para canto, piano y orquesta sinfónica. Por último se establece el Himno se deberá cantar en tonalidad de MI mayor, en su introducción, coro y estrofa. La resolución N. R22-055 dice lo siguiente

“(...)

Resuelve:

1 . - Declarar oficiales e intangibles la letra y la música del Himno Nacional del Ecuador; la música, expresada en las partituras anexas a la presente Resolución, que incluyen en la tonalidad de Mi Mayor la introducción, el coro, la estrofa y el coro.

Se adjuntan las partituras del Himno Nacional del Ecuador en dos formatos:

a) Para orquesta sinfónica con o sin coro; y,

b) Para canto y piano.

Las partituras anexas a la presente resolución conservan intactos los demás elementos, técnico-musicales del Himno Nacional del Ecuador, es decir su línea melódica, su armonía y la medida metronómica de 100 a 120 pulsaciones por minuto.

2. - Los arreglos del Himno Nacional del Ecuador que se realicen para otros tipos de agrupaciones musicales como bandas sinfónicas, bandas militares, grupos de cámara y otros se basarán en las partituras adjuntas a la presente resolución.

3. - La versión instrumental y vocal instrumental que se utilice en reproducciones sonoras fonográficas y electrónicas, será la de la Orquesta Sinfónica Nacional del Ecuador.

Publíquese esta resolución en el Registro Oficial y difúndase por los principales medios de comunicación del país.” (R22-055, numeral 1, 2,3)

Mucho antes de esta oficialización, el 29 de septiembre de 1948, en la Presidencia de Galo Plaza Lasso el Congreso decretó como oficial el Himno escrito por Juan León Mera con los arreglos de Antonio Neumane; después de 48 años que el Escudo y la Bandera ya fueren declarados como símbolos patrios. Fue tan necesario este decreto ya que la letra del Himno y su música tuvieron varios detractores que promulgaron su rectificación. Este decreto expresa en su art 4 lo siguiente

“Que habiéndose introducido con el decurso del tiempo ciertas alteraciones en la letra del Himno, alteraciones que desvirtúan su sentido y empañan su belleza, el Ministerio de Educación Pública, por medio de una Comisión integrada por los señores Juan León Mera Iturralde y doctor Aurelio Espinosa, S.J., encargada de cotejar con esmero los manuscritos, ha establecido en forma definitiva el texto auténtico del Himno” (Decreto histórico sin registro año 1948, considerando n .4)

Esta reseña histórica nos demuestra como la oficialización de una canción a ser Himno Nacional contiene un fondo más allá del carácter netamente

musical. La música y la letra del Himno deben reflejar y rescatar nuestro legado, nuestras potencialidades, en nuestro caso.

“El Himno no instiga rencores, el Himno nos llama a cultivar sentimientos de lucha por ideales de honor e integridad, nos llama a combatir decididamente cualquier fuerza opresora. Es un canto que nos evoca el legado de nuestros predecesores por una patria libre y soberana. “(Comisión Nacional Permanente de Conmemoraciones Cívicas, 2005, p . 52)

Justamente esa es la función que el Himno debe tener, pero en algunos países se han dado casos en que sus habitantes no encuentran en su Himno este sentimiento de identidad, y respeto a la lucha que llevaron a cabo sus héroes por una nación libre.

En Colombia ocurrió un suceso jurídico muy interesante, la Corte Constitucional de este país, el 25 de septiembre de 1997 dictó una sentencia (C-469/97) referente a la acción pública de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Alexandre Sochandamandou que demandó la inexecutable de diez de las once estrofas del Himno Nacional de Colombia y las normas jurídicas que lo adoptan oficialmente. Debemos explicar el control de constitucionalidad para entender más claramente a la acción de inconstitucionalidad. El control constitucional tienen origen en dos principios del constitucionalismo: la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. La supremacía constitucional jurídicamente hablando se refiere al presupuesto que la Constitución es la norma suprema dentro de la jerarquía normativa. Por esta razón da validez formal y sustancial a todo el ordenamiento jurídico subordinado a ella. Toda norma que se contraponga a esta norma suprema no tendrá validez jurídica. El principio en la dimensión material hace referencia a la compatibilidad que las normas subordinadas a la norma suprema deben presentar frente a los valores y principios de la Constitución. En su dimensión formal, se refiere a que las normas de menor jerarquía a la Constitución deben ser dictadas en la forma y siguiendo los procedimientos establecidos en ella. Mientras que la fuerza normativa de la Constitución,

sostiene la aplicación directa de ella sin que su exigibilidad este determinada por normas secundarias.

La acción de inconstitucionalidad como mecanismos de control de constitucionalidad en el Ecuador es de carácter abstracto, que tiene como fin garantizar que las normas subordinadas guarden concordancia con la Constitución. La Corte Constitucional en el Ecuador tiene la potestad exclusiva y privativa del control constitucional.

” Se denomina abstracto porque se lleva a cabo supuestamente con abstracción de la aplicación concreta de la normas a una hipótesis de hecho determinada y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad o no de un texto normativo (sin importar si se aplica o nunca se ha aplicado), con el texto de la propia Constitución. Si el resultado del examen de constitucionalidad es la inconstitucionalidad, será expulsada del ordenamiento jurídico.”
(Guerrero, 2011, p.8)

Además señalamos que el control de constitucionalidad se rige bajo algunos principios como: control integral, presunción de constitucionalidad, in dubio pro legislatore, principio de conservación del derecho.

Por otro lado en Colombia, se sostiene que su sistema de control de constitucionalidad es de carácter mixto, ya que combina elementos del modelo difuso y del modelo concentrado. Difuso se refiere e los jueces ejercen este control y concentrado en el sentido que también lo ejerce un Tribunal de Constitucionalidad. Esto no desvirtúa la existencia de varios mecanismo de control constitucionalidad, como el ejemplo de la acción de inconstitucionalidad sobre el himno que lo analizaremos a continuación nuevamente. .

Las normas acusadas en la acción de inconstitucionalidad son los artículos 1 y 4 de las leyes 33 de 1920, y 12 de 1984, respectivamente. Estos artículos establecen oficialmente como Himno Nacional de Colombia el compuesto por el Maestro Oreste Sindici con la letra de Rafael Nuñez. El demandante de manera general sostiene que el Himno viola ciertas normas constitucionales ya que no

fomenta la unidad nacional, que promueve la violencia y discriminación racial, además de dar ciertos privilegios a los preceptos cristianos.

En los fundamentos de la demanda, señalados en esta sentencia en su numeral dos, el actor expone diez de las once estrofas, una a una, determinando la supuesta violación de los derechos constitucionales en ellas. El coro dice “(...) En surcos de dolores el bien germina ya!”, lo que para el actor representa una defensa a la violencia y al sadomasoquismo. En la primera estrofa dice “ (...)La humanidad entera, que entre cadenas gime, comprende las palabras el que murió en la cruz” , esto para el demandante refleja una discriminación religiosa. Sostiene también que la segunda estrofa promueve la rebelión armada porque bendice la pasión ya que esta dice”¡Independencia! Grita el mundo americano (...)bendicen su pasión”. El actor sostiene que la tercera estrofa induce a la guerrilla a provocar admiración y miedo mediante la violencia. No se explica con claridad el porqué de la inconstitucionalidad de la cuarta y quinta estrofa. Mientas que la sexta estrofa que dice “Bolívar cruza el Ande (...) centauros indomables “es inconstitucional porque para el demandante al comparar a los soldados con centauros, los insulta. Que la octava estrofa que dice “La virgen de sus cabellos (...) circunda su alba tez”, es inconstitucional porque posee un carácter netamente religioso y que además se observa discriminación racial al hablar de “alba tez”. El actor sostiene que las siguientes estrofas promueven la lucha armada, lucha de clases y por consiguientemente nuevamente difunden la violencia.

Una vez admitida la demanda después de que cumplió los requisitos legales pertinentes, se dio traslado al Procurador General de Nación, además de la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana. El pronunciamiento del Procurador solicitó se declare la exequibilidad de las normas antes expuestas. El Himno Nacional para él es un símbolo patrio que al ser amparado en el preámbulo y primeros capítulos de la Constitución es parte del patrimonio artístico cultural de la nación y objeto de protección. Sostiene que además de ser un símbolo patrio es una “ obra artística que expresa simbólicamente, mediante su letra y música, aspectos

culturales, históricos, religiosos o políticos de una comunidad en un espacio y tiempo determinados, que deben ser comprendidos y valorados conforme a los dictados de la estética” (Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-469/97, 1997). Esta obra no debe ser analizada bajo criterios jurídicos constitucionales y por esa misma razón las leyes (33 de 1920 y 12 de 1984) no pretenden dar un carácter de norma jurídica al himno, sino que oficializan al himno como un común bien cultural de la nación colombiana.

Es necesario señalar que la Corte Constitucional, una vez declarado competente para resolver la presente demanda, determina el fondo al cual se tratara la sentencia, dado que la demanda se refiere a dos aspectos específicos. El primero que la letra del Himno nacional viola artículos constitucionales. Segundo, que los artículos de las leyes que oficializan el Himno deben ser declarados inconstitucionales.

La Corte Constitucional en relación al primer punto, comienza señalando que el Himno Nacional colombiano fue escrito hace más de un siglo y que a pesar que su oficialización legal se dio en 1920, el pueblo colombiano ya lo reconocía como tal antes de tal fecha. La letra del Himno nacional colombiano se escribe dentro del estilo románticista de aquella época, que por su carácter literario posee un vasto contenido metafórico, que para la Corte es un recurso del lenguaje para engrandecer el proceso libertario del país. Sostiene acertadamente, que las interpretaciones que hace el actor sobre la letra del Himno Nacional, son personalísimas, sin ninguna base jurídica. La Corte no creyó procedente el análisis de cada una de las interpretaciones del actor sobre cada estrofa del Himno, pero para demostrar su incongruencia se remitió a una de ellas, que la citaremos a continuación:

” Pero para señalar lo inane de las acusaciones y poner de relieve la ligereza de las mismas, baste citar como ejemplo las referentes a la octava estrofa (*“La virgen sus cabellos / arranca en agonía / y de su amor viuda / los cuelga del ciprés / Lamenta su esperanza / que cubre loza fría / pero glorioso orgullo / circunda su alba tez”*). El libelista incurre en el craso error de que esta estrofa se refiere a la

Virgen María, cuando es evidente que ella se refiere a una doncella (“virgen” con minúscula) cuyo prometido ha muerto en la guerra de Independencia, lo cual, pese a su dolor, le causa “glorioso orgullo”. Lo del color “alba” de su tez, es una mera licencia poética que no tiene ninguna trascendencia, y menos aún la que pretende darle el demandante. “ (Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-469/97, 1997)

La postura de la Corte es bastante práctica, y estamos de acuerdo que el término virgen no necesariamente se refiere a la Virgen María de los cristianos, esa es una interpretación personal del actor. La Corte sostiene que el Himno Nacional es una composición musical persé, y que la naturaleza de su letra es el narrar sucesos históricos que llevaron a la libertad al pueblo colombiano, y por consiguiente esta narración no crea, extingue o modifica relaciones jurídicas. Como no tiene la naturaleza de una norma, la letra del Himno no genera obligaciones jurídicas que limiten o violen el ejercicio de los derechos constitucionales.

En relación al segundo punto, la Corte sostiene que las leyes demandadas por el actor, tienen como objetivo principal adoptar legalmente al Himno como símbolo. Los artículos de estas leyes no versan sobre el contenido de los símbolos, que dicho sea de paso no representan una violación a los derechos constitucionales como lo demostró la Corte en su análisis. Además estas leyes al adoptar el Himno Nacional como símbolo patrio, legitiman el derecho del pueblo colombiano a tener su himno propio. Por consiguiente la Corte en la parte resolutive de la sentencia declara constitucionales a las dos leyes antes citadas.

En Perú también existe una sentencia dictada el 18 de mayo del 2005 que resuelve una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 35 congresistas que contra el artículo 4 de la Ley 1801 que declara oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional, publicada el 26 de febrero de 1913. En este artículo se señala la letra del himno peruano. Los actores de la demanda presentada el 24 de mayo del 2004, fundan su pretensión con los siguientes

argumentos. Sostiene que el artículo 4 que contiene la letra, modifica el texto original escrito por José de la Torre Ugarte ya que incluye una estrofa que no fue realizada por este autor; y que además en el contenido de este artículo se suprime la quinta estrofa, parte del texto original. También sostiene que una de las estrofas del himno peruano atenta contra el artículo 1 de la Constitución referente a la dignidad de la persona como fin supremo del estado. Los actores sostienen que el himno va contra la historia y es ofensiva contra su pueblo, y que expresa que el pueblo peruano tiene antepasados sumisos y de siervos que nunca lucharon por la independencia. Que el artículo segundo de esta ley obliga a los peruanos a cantar este himno en fiesta cívicas y que por ende les obliga a cantar frases que van contra su propia dignidad y contra los derechos que les otorga su propia ley. El Tribunal Constitucional peruano resolvió declarar fundada la demanda en parte, en lo referente a la estrofa omitida, resolviendo así su adición al texto. Sin embargo declaro infundada la parte de la demanda que solicita la inconstitucionalidad del artículo 4 en el sentido que para el Tribunal creer que el texto es atentatorio contra la dignidad de la persona es subjetiva. Concepto que sostenía también la Corte Constitucional Colombiana al reconocer que texto del himno tiene contenido poético y literario.

“En ese sentido, este Colegiado estima que las alegaciones de los demandantes sobre el contenido de la primera estrofa, incorporadas por el artículo 4.º de la ley impugnada, a lo sumo expresan solo una respetable y opinable interpretación subjetiva de parte de la letra del Himno Nacional.” (Tribunal Constitucional Perú, Sentencia Expediente N.º 0044-2004-AI/TC, 2005)

Inclusive en Costa Rica la Corte Suprema se presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Himno Nacional de ese país, porque supuestamente su letra contenía palabras discriminatorios y groseras contra la mujer, resolvió que esa sala no podía hacer un análisis constitucional sobre una obra literaria en sí misma, y peor aún modificarla. Rechazó de manera tajante la acción.

Para nosotros es importante el análisis que hace el Tribunal peruano sobre el himno nacional como símbolo patrio y su función en el Estado. Esta composición musical tiene tal importancia que se ha convertido en un símbolo nacional tutelado por la Constitución. Tutelado por sobre todas las cosas por ser un símbolo de representación e identidad de una nación. Símbolo que debe protegerse en el tiempo para la identificación de las nuevas generaciones. Este Tribunal Constitucional comparte la tesis de que:

“Independientemente de su origen, los símbolos patrios tienen una función de representación de sentimientos de identidad nacional. Su permanencia, estabilidad e intangibilidad es lo que permite que generaciones sucesivas se identifiquen con los símbolos y los conviertan en un factor de cohesión social y de orgullo.(...)” (Tribunal Constitucional Perú, Sentencia Expediente N.º 0044-2004-AI/TC, 2005)

Acá observamos cómo una canción, que en este caso es el Himno Nacional es generador de sentimientos de identificación de toda una nación. Muy a pesar de su contenido poético, histórico y literario, esta canción se encuentra en el imaginario colectivo de cada nación, como un símbolo que representa ese vínculo de pertenencia de un individuo con su tierra. El Tribunal Constitucional va más allá de entender que esta canción musical es un símbolo de identificación. Cree que es necesario preservar estos valores comunes identificados en un símbolo como un mecanismo de promover la integración nacional, mandato constitucional redactado en el artículo 17 de su Carta Magna

Por otro lado, para el mundo jurídico fue un inmenso aporte la reforma constitucional que se implantó en el año 2013 en Suiza. Esta reforma incluyó un artículo en el texto constitucional suizo en la sección de cultura y ciencia, en el que de manera literal este Estado se responsabiliza de promover la educación musical. De esta manera este país se convirtió el primer Estado en garantizar la formación musical de manera expresa en su texto pilar del orden jurídico. El texto establece que la Confederación y los cantones suizos deben fomentar la formación musical sobre todo en niños y jóvenes. Este país se

organiza bajo un sistema federal, se encuentran divididos en 26 cantones y cada uno de ellos posee una constitución. Sin embargo, la Confederación es el ente político de mayor jerarquía, y ella posee una constitución que rige a las demás. Así los cantones deben cumplir con la nueva labor establecida en la Constitución, pero la Confederación podrá intervenir en caso de incumplimiento. Este suceso histórico se desarrollará más adelante en el presente trabajo de investigación

Otro aspecto interesante de la música y su función en Estado es que a través de ella los ciudadanos, las organizaciones internacionales o los mismos estados se han manifestado respecto a alguna situación relevante de connotación mundial. Es por eso, que a lo largo de la historia se han realizado conciertos a favor de causas sociales tales como la paz, la salud mundial, o el cumplimiento de los derechos humanos. Los estados, organismos internacionales han prestado su nombre, servicios para que se lleven a cabo conciertos, que protesten, en contra de los Estados infractores de derechos. Para el derecho son relevantes estos sucesos, ya que así se escucha la voz del Estado o de sus ciudadanos frente a la comunidad internacional respecto a una temática específica, o la voz de un organismo internacional en contra de las posturas beligerantes que los Estados hayan determinado. Estas temáticas relevantes para la comunidad internacional, las encontramos en el artículo 416 de la Constitución sobre los principios de las relaciones internacionales que los vincularemos con conciertos realizados como nos cuenta Alba Sanfeliu en su documento "La Música y los Derechos Humanos". Para comenzar el análisis señalamos lo que establece el artículo 416 de la Constitución de manera general. **"Art. 416.-** Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:"

En 1969 se llevó a cabo el festival de Woodstock, que unió a todo el movimiento antibélico en protesta la guerra de Vietnam. Su lema era "Paz, Amor y música.". Este festival de música defendería los numerales dos y tres del artículo de la Constitución antes mencionado que señala lo siguiente.

“2. Propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos.

3. Condena la injerencia de los Estados en los asuntos internos de otros Estados, y cualquier forma de intervención, sea incursión armada, agresión, ocupación o bloqueo económico o militar.”(Constitución, art 416.2; art 416.3)

En 1971 se realizó en Nueva York, el Concierto de Bangladesh, a favor de la independencia de Bangladesh de Pakistán del Este, en el que se recaudó fondos para sus habitantes que se encontraban en extrema pobreza. Este concierto defiende el numeral uno de este artículo de la Constitución, ya que este, proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, tal y como Bangladesh solicitaba.

Otro concierto mencionado por Senfeliu es el “Nelson Mandela 70 Th Birthday Tribute Concert. “, en 1988. Este evento rendía un homenaje a Mandela y otros presos políticos que dedicaron su vida a lucha contra el racismo, promulgado por el apartheid. Los fondos recaudados se destinaron a organizaciones que trabajaban a favor de menores afectados por los ataques racistas del régimen. El principio de las relaciones internacionales que se defendería para nuestro país al realizar este concierto, es que el Estado reconoce los derechos que poseen todos sus pueblos y que él rechaza cualquier tipo de manifestación discriminatoria. El apartheid de manera general, fue una medida que se implanto en Sudáfrica para dividir los beneficios de blancos y negros, dejando a los últimos en una posición desigual.

El numeral 8 del mismo artículo señala:

“8. Condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión.”(Constitución, art 416.8

Para este principio nos vamos a referir a los conciertos organizados por los Beastie Boys, en defensa al derecho a recuperar la independencia del pueblo tibetano. Estos conciertos realizados entre los años 1996 y 1999 tomaron el nombre de “Tibetan Freedom Concert”. Los fondos recaudados se destinaron a la ONG MILAREPA, creada por los Beastie Boys, que apoya al pueblo tibetano a la recuperación pacífica de la independencia del Tíbet. Este concierto condena la postura bélica del Estado Chino para apropiarse del Tíbet, y apoya el derecho del pueblo tibetano a liberarse de la opresión china. Cabe destacar que jurídicamente las organizaciones no gubernamentales son sujetos del derecho internacional

Es tal la importancia de la música para la comunidad internacional que algunas organizaciones trabajan en defensa de los derechos humanos que se encuentran intrínsecamente en la práctica musical. Es el caso de la “Freemuse-freedom of musical expression”. Esta organización defiende que cuando hay práctica musical se ejerce un Derecho Humano. Existen dos derechos fundamentales, señalados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que para esta organización los músicos ejercen. La libertad de expresión manifestada en el artículo 19 y el derecho a participar libremente en la vida cultural, señalada en el artículo 27. En el mismo documento, “La música y los derechos humanos” se explica brevemente la naturaleza de esta organización.

”**Freemuse – freedom of musical expression** es una organización danesa, internacional e independiente, creada en 1999, que se basa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que defiende la libertad de expresión de los músicos y compositores a nivel mundial, y que está en contra de la censura arbitraria y a la persecución de los músicos. Sus objetivos son documentar violaciones de los Derechos Humanos y discutir sus

efectos en la vida musical; informar a los medios de comunicación, a las organizaciones de derechos humanos y al público en general; Apoyar a los músicos necesitados, observar sus procesos y desarrollar una red global de apoyo a los músicos y compositores amenazados.” (Sanfeliu, 2004, p.18)

1.2 La música y el derecho a la libertad de expresión y como mecanismo a un libre desarrollo de la personalidad y una vida digna libre de violencia.

El derecho y la democracia siempre buscará la libertad de los individuos y el instrumento jurídico supremo para garantizar este derecho es la Constitución. En nuestra Constitución existe un capítulo entero, el sexto, que contiene los derechos de la libertad del individuo. El Estado reconoce y se compromete a garantizar estos derechos. La práctica musical nos lleva a un ejercicio pleno de la gran mayoría de estos de derechos de libertad como es el derecho a la libertad de expresión.

Para Perla Gómez en su texto *Libertad de expresión, protección y responsabilidades* sostiene que se puede enmarcar a la libertad de expresión bajo tres aspectos. El primero como un derecho fundamental del ser humano, relacionado a su dignidad y como un elemento perteneciente a su espiritualidad. Como derecho fundamental la existencia de la libertad de expresión es independiente de cualquier búsqueda de una verdad colectiva. El segundo criterio expresa a la libertad de expresión, como un instrumento para alcanzar efectos positivos en la sociedad, que por su importancia posee una tutela jurídica

“Ella hace asequible un valor superlativo, no porque la persona tenga un derecho intrínseco a decir lo que quiera-derecho individual que, por cierto, es ampliamente reconocido-, sino porque al permitirse tal expresión se logran efectos beneficios para el resto de la comunidad” (Gómez, 2009, p. 97)

El tercer criterio a diferencia del segundo, sostiene que la libertad de expresión esta tutelada jurídicamente no por los efectos positivos que generan en el individuo o en la comunidad, sino porque la libertad de expresión en sí misma es una característica principal en una sociedad de individuos libres.

De los aspectos relatados por la autora, para este análisis definimos a la libertad de expresión como un derecho fundamental tutelado de todos los individuos pertenecientes a la sociedad que según Barroso (1998) “tiene por objeto la expresión de pensamientos o ideas que puede comportar juicios de valor o creencias y se pueden manifestar de palabra, por escrito e incluso a través del lenguaje simbólico” (p.47). Dicho criterio, para él se extrae también de las sentencias dictadas por el tribunal Constitucional español, que conceptualizan a la libertad de expresión en dos facetas.

“a)El derecho a la libertad ideológica , religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, que garantiza el artículo 16.1 de la Constitución, y que deber ser considerada como la base y fundamento previo de todas las demás libertades democráticas.

b) El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, a que se refiere el artículo 20.1.a)” (Tribunal Constitucional Español, como se citó en Barroso, p. 46)

En ese sentido, por ejemplo las canciones musicales que contienen letras son consecuencia del ejercicio del pensamiento creativo del artista. Las letras no necesariamente contienen opiniones o juicios de valor de otros, pero sí expresan ideas y pensamientos propios del autor, independientes de una búsqueda colectiva de la verdad, criterio desprendido de la autora Perla Gómez Gallardo. Sin embargo, para consolidar la idea de que la música sí se encuentra en el mundo de la libertad de expresión, nos remitimos a Rafael Bustos Gisbert, profesor titular de derecho constitucional de la Universidad Salamanca , en su análisis *Los derechos de libre comunicación una sociedad democrática*, incluidos en el texto *La Europa de los derechos*. Él sostiene que la jurisprudencia Europea reconoce una amplia gama de manifestaciones

enmarcadas en el art10 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que deben ser tuteladas por el mundo jurídico como parte del derecho a la libertad de expresión, a la libertad de opinión y a la libertad de transmitir o recibir informaciones detalladas por Bustos (2005) tales como “la expresión comercial, la libre expresión profesional, la libre creación de medios de comunicación, la libre expresión artística o el secreto profesional de los periodistas “ (p.533)

Para el autor por la variedad de formas de ejercer la libertad de expresión, se debe entender actualmente a este derecho como la libertad en la comunicación pública. En esta libertad se encuentra tutelada, también, la libre expresión artística. Por deducción defendemos que la música al ser un medio de comunicación artística se encuentra protegida bajo este parámetro. En cuanto a la libertad de creación artística Bustos (2005) manifiesta lo siguiente: “El progreso y la creatividad se fundan en una comunicación libre de las personales aportaciones que pueden ser discutibles o, incluso, rechazables, pero no prohibidas ni censuradas.” (p.545)

Apoyando al autor se puede afirmar que la naturaleza de música como obra artística y por su carácter subjetiva puede ser fuente de polémica, pero no por esto prohibida. Sí existiese una censura previa a la expresión musical nos encontraríamos a una restricción del pleno goce del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, tampoco se puede decir que queda exenta la responsabilidad ulterior del autor cuando en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión sobrepasa los límites establecidos en el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Esta convención es una de aquellas normas aplicables al tema, que en su contenido establece dos límites a la libertad de expresión.

“a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás.

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13)

De estas dos limitaciones encontramos que el derecho al honor es la principal limitación al derecho a la libertad de expresión, y que los órganos

jurisdiccionales son los encargados de analizar e interpretar la supremacía de un derecho frente al otro dependiendo cada caso.

El hecho que la expresión artística en consecuencia la expresión musical este protegida literalmente por el derecho, se remite al 16 de diciembre de 1966 cuando la Asamblea General adopta el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que en su artículo 19 numeral dos establece lo siguiente

“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” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 19.2)

Remitiéndonos un poco más a la historia; la libertad de expresión nace como un derecho escrito en la Declaración del Hombre y del Ciudadano en Francia en 1789. Su artículo 10 estableció lo siguiente. “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.” (Declaración del Hombre y del Ciudadano, art 10)

Este derecho nace como consecuencia de la transición del tradicionalismo a la modernidad en Europa en los siglos XVII y XIX, momento en el que una expresión libre era necesaria para luchar contra el autoritarismo reinante de aquel entonces.

Por estas razones decimos que la práctica musical garantiza un verdadero goce de lo establecido en el numeral 6 del artículo 66 de nuestra Constitución ecuatoriana. Es el derecho a opinar y expresar nuestro pensamiento libremente, sin esos obstáculos propios de cada ser o los que están fuera de él, como son las relaciones donde el individuo está sujeto a un tipo de control, como el autoritarismo en Europa del siglo XVII. La música rompe con el silencio, dejando a un lado todos estos limitantes de expresión del pensamiento libre. En el Ecuador las expresiones culturales de sus pueblos reflejan como la

música puede ser ese canal para enfrentar la autoridad, temática a desarrollarse en el subcapítulo de expresiones culturales y la música.

Así después de conocer el concepto y la legislación pertinente a la libertad de expresión de manera general y en relación a la música, se va a señalar las características de la libertad de expresión teniendo como referencia al derecho a la información, derecho social desprendido del derecho a la libertad de expresión.

Según Sánchez Ferriz existen los siguientes caracteres del derecho a la información.

1. “ Es un derecho natural.
2. Es un derecho personal, pues perfecciona al individuo.
3. No es un derecho absoluto sino susceptible de limitaciones
4. Es un derecho público, erga omnes
5. Es un derecho político se funda en la participación política o en las funciones públicas.
6. Es un derecho universal, inviolable e inalienable” (Sánchez, como se citó en Barroso, p. 43)

Estas características también corresponden al derecho a la libertad de expresión. Que claramente se ejercen cuando el individuo practica la música. Eso sí, no necesariamente se realiza como una participación y manifestación política ya que la obra artística persé no busca siempre estos fines. Sí es erga omnes porque cuando se ejecuta una composición musical va existir un individuo o un colectivo que la reciba.

Para encontrar la relación de este derecho con la música no sólo nos vamos a referir al numeral 6 del artículo de nuestra Constitución, sino también a un documento de investigación realizado por Alba Sanfeliu, titulado *La música y los derechos humanos*. En ese documento se hace un listado de las composiciones musicales que están vinculados a la protección de algún derecho humano. En la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*,

documento emitido el año 1948 por la ONU ratificado por nuestra Constitución, relevante para el derecho internacional se encuentra el siguiente artículo

“Artículo 23- 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. “(Declaración Universal de los Derechos Humanos, art 23)

Sobre este derecho la autora se refiere a la composición de Luigi Nono, La fábrica Iluminata, 1964, en ella están introducidos los sonidos de las fábricas conjuntamente a los llantos de los obreros, como una forma de protesta a la explotación laboral. Luigi Nono encontró en esta composición no sólo una manera para expresar libremente su sentimiento en contra de la explotación laboral sino un mecanismo para solicitar el cumplimiento de otro derecho humano como es el antes citado.

Existe una sentencia muy pertinente para este análisis. Es la sentencia con número 656/2007 emitida el 17 de Julio del 2007 por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal en Madrid, España. En el fallo de la sentencia se resuelve rechazar el recurso de casación interpuesto por la ASOCIACION VICTIMAS DEL TERRORISMO dictada el 21 de noviembre de 2006 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, que ABSOLVIÓ a los acusados el grupo musical “SOZIEDAD ALKOHÓLICA”, por el delito de apología al terrorismo.

Esta sentencia al ser procedente de un recurso de casación, hace el análisis del caso desde dos perspectivas: según la parte procedimental y segundo sobre la resolución de la Audiencia Nacional sobre el delito en sí mismo. Para

el tema que estamos analizando, que es la libertad de expresión nos remitiremos a la segunda perspectiva del análisis de la sentencia.

“SOZIEDAD ALKOHÓLIKA” es una banda de “punk rock” de Vitoria que se formó en 1988 y que se encuentra en actividad hasta la actualidad. Este grupo musical está inscrito en el Registro de Patentes y Marcas desde 1994. Según la ASOCIACION VICTIMAS DEL TERRORISMO las letras de sus canciones manifiestan una apología al terrorismo. Entre las canciones referidas se encuentra “Síndrome del Norte “ y “Explota Zerdo” grabada en 1995. Las letras de sus canciones son las siguientes que las citaremos para entender su contenido.

“Síndrome del norte”

Siempre que sales de tu casa /tú vas todo acojonado /mirando para todos los laos /ese bulto del sobaco es poco disimulado .al llegar asta el coche /dejas las llaves caer /¿no sea que halla un bulto raro? /y que te haga volar /como a Carrero, como a Carrero /ay que jodido es ser "madero" /en un lugar donde me consideran /extranjero ¡porronponpero! Es que la paranoia /en tu cabeza es tal /que crees que todos te quieren /matar, ¡tu tío, ten cuidado! /no hagas gestos raros /mira que saco el fusco /y te vuelo el cráneo ¡Joder! con lo bien que yo /estaba, que estaba con mi mama /para que coño me han mandado para acá /¡virgen de la macarena! /Márchate vete a España!

“Explota Zerdo”

Cualquier día estará cerca tuyo/y sentirás que no puedes soportar,/su olor te hará vomitar,/¡explota zerdo! Algún día reventaras,/¡explota zerdo! tus tripas se esparcirán./Huele a esclavo de la ley, zipaio, siervo del rey,/lameculos del poder, carroñero coronel,/¡explota zerdo! Dejarás de molestar,/¡explota txota! Sucia rata morirás./Por los bares se pasea, y se cree bien disfrazao,/nunca

podrá camuflar, su cara de subnormal./Y eske el tufo que akarrea, no es para nada normal,/a kién kree que va a engañar, su hedor le delatará/¡explota zerdo!” (SOZIEDAD ALKOHÓLICA, 1995)

Este Tribunal el análisis considera lo siguiente

“Consecuentemente el texto de la letra, por más repulsa social que merezca, no expresa sino opiniones con excesos verbales hirientes y desafortunados, especialmente rechazables por el momento y ocasión, tanto en el año en que la canción se grabó 1993, como en la actualidad, sobre la actuación de determinados miembros de las fuerzas de seguridad en prevención de atentados contra sus personas, pero que tiene cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y son tolerables en una sociedad democrática que no pueden verse coartados por la acción penal.” (TS Madrid, Resolución 656/2007, Casación, pag.9)

Este criterio se apega mucho al que de Rafael Bustos, en el sentido que en el proceso de creación artística implica una comunicación libre fundamentada en criterios que pueden ser polémicos y rechazables para la sociedad pero no por eso censurado. El tribunal para determinar la postura antes señalada, debió comprender este caso dentro de la extensión y límites a la libertad de expresión. Para ello se remitió a los conceptos y características de la libertad de expresión según distintas normativas cómo es el art 10 párrafo 2 del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

“Es válida no sólo para las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que molestan, chocan o inquietan; así lo requieren el pluralismo , la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática. “. (TS Madrid, Resolución 656/2007, Casación, pag.4)

Una vez más se hace hincapié en que dentro de la libertad de expresión también se encuentran estas posturas polémicas. Para el Tribunal también fue muy importante considerar el concepto de libertad ideológica para determinar si las letras de la banda son una conducta de apología al terrorismo. Se considera a la libertad de expresión un mecanismo para manifestar la libertad ideológica, entendida ella como “la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento “(TS Madrid, Resolución 656/2007, Casación, pag.5). La libertad ideológica se puede entender desde dos dimensiones: interna y externa. La dimensión interna hace referencia a la posición intelectual ante la vida según personales convicciones. Mientras que la dimensión externa de la libertad ideológica se entiende la manifestación externa de ella que no implique sanciones legales; la libertad de expresar libremente las ideas se encuentra dentro de esta posición externa. Para el Tribunal para que se configure el tipo penal de apología al terrorismo la banda debía defender un programa político terrorista además de exaltar y aprobar un delito. Para ellos la Banda está en goce legítimo de expresar libremente sus ideas y creencias que contribuyen a una formación de una opinión pública libre.

Como conclusión de esta parte del subcapítulo se afirma que el individuo que produce la música y expresa ideas con ella está gozando del derecho a la libertad de expresión como titular del mismo.

Existen otros derechos individuales que también se ejercen, entendidos de una manera no tan convencional, con la práctica de la música. El numeral 3 del artículo 66 de la Constitución establece el derecho del individuo a una vida libre de violencia. La violencia es generada por estados de ira y frustración de las personas. Y la música es un vehículo para canalizar todas estas emociones negativas y restablecer un estado de paz. La música canaliza todas estas emociones negativas para ser liberadas. El ritual puede canalizar esta situación así como también las piezas musicales pueden ser para sus compositores o intérpretes maneras de expresar todo tipo de sentimientos. El compositor cargado de emocionalidad plasma en su obra una situación dramática que

pudo vivir, y cuando se interpreta esta composición se desbloquean todos estos sentimientos no descargados. Para Maureen McCarthy Draper en su texto *La naturaleza de la música, un camino para el bienestar interior*, sostiene que la música es un buen espacio para expresar nuestras emociones más fuertes ya que somos conscientes que la pieza musical dura un tiempo específico y que necesariamente acabara. Él nos señala lo siguiente

“Así, exagerando una emoción hasta el punto de liberación catártica, la música nos ayuda a experimentar los sentimientos más fuertes plasmados en una forma concreta, un medio seguro que no tiene un carácter destructivo ni para nosotros mismos ni para los demás. Cuando los sentimientos se encuentran bloqueados, podemos encontrar un paralelismo musical de nuestra rabia en el segundo Concierto para piano de Prokofiev, una pieza compuesta después del suicidio de un amigo del compositor. Música como ésta puede ayudarnos a verbalizar nuestra furia, darle un nombre y empezar a dialogar con ella mediante las palabras, el movimiento o el arte.”(McCarthy Draper , 2001,p. 155)

Sin un antídoto como la música los individuos pueden descargar toda esta furia en su vida personal que incluye su familia, su trabajo y demás espacios. Entonces el ejercicio o la creación de piezas musicales garantizan que en espacios públicos y privados la violencia disminuya, por la liberación adecuada de emociones.

Otro derecho de libertad establecido en la Constitución, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La personalidad del individuo se va definiendo con el transcurso de los años, afrontando situaciones propias de cada etapa de la vida. La música está presente en esas experiencias que un ser humano tiene que vivir; ella acompaña rituales trascendentes que van marcando épocas en el ciclo vital de una persona, es decir en momentos claves que afectan para adquirir nuevas perspectivas de la personalidad. Así como también la música es un medio por el cual el individuo puede hacer conciencia de su estado actual y presente en la vida. Esta conciencia influye para presentar nuevos patrones

de comportamiento en las situaciones diversas. Juan Mullo Sandoval (2009) en su libro música patrimonial del Ecuador, nos dice que la música andina está presente en rituales que marcan el ciclo vital de las personas. Para él la música acompaña al humano en su ciclo vital en las siguientes situaciones. “Enamoramiento y cortejo, matrimonio, construcción de la casa, separación de la casa materna. Nacimiento del hijo, bautizo, corte de pelo, paso de niño a adolescente, iniciación en el trabajo, en el amor, responsabilidades. (...)” (p.129)

La música no sólo acompaña al individuo en momentos como su paso de niñez y adolescencia, en el enamoramiento cortejo, también el individuo utiliza a la música como método de auto conocimiento, ya que ella nos sirve de conductor para palpar nuestras experiencias pasadas. Es un instrumento de asociación entre nuestras emociones presentes con acontecimientos pasados. Aquí nos remitimos a un texto que analiza a la música desde otra óptica a la que estamos acostumbrados: *Armonías del cielo y de la Tierra-La dimensión espiritual de la música desde la antigüedad hasta la vanguardia* de la autora Joscelyn Godwin. Ella manifiesta que:

”La música que tiene un sentido personal o que es rica en asociaciones del propio pasado personal se puede emplear para recuperar esa parte de la vida, para revivirla en la imaginación, y para comprender mejor cómo es que uno ha llegado ser lo que es.” (Godwin, 1987, p.54)

La música acompaña al libre desarrollo personal del individuo, debido a que ella asocia situaciones del pasado que se encuentran en nuestro subconsciente con las que se pueden trabajar para que el individuo manifieste y exprese todo lo que lleva dentro convirtiéndose en un potenciador de nuestra verdadera personalidad. Alejándonos de cualquier obstáculo que interfiera en el desarrollo de la vida.

1.3 La música y los derechos de propiedad intelectual.

Además del derecho a la libertad de expresión ejercido con la práctica musical, existe una protección de las creaciones musicales a cargo del derecho a la propiedad intelectual. La realización de una pieza musical conlleva un proceso creativo que tiene por objetivo producir por primera vez una canción. Es un proceso mediante el cual se transforma nuestra realidad interna y externa para producir un resultado original. Partiendo del concepto de la música, sostenemos que en el proceso para la composición y realización de la música se encuentra una necesidad de expresar y comunicar un sentimiento de manera creativa. El resultado de este proceso en relación al arte es conocido como obra artística. En la música el proceso que tiene como finalidad la creación de una pieza musical inédita consiste en el orden de la secuencia de los sonidos, el uso de las tonalidades musicales, el uso de la palabra como recurso poético, entre otros.

El objeto que protege el derecho de autor proveniente del derecho a la propiedad intelectual son las obras artísticas tales como las plásticas, cinematográficas, fotográficas, musicales entre otras; y las obras literarias como las novelas, cuentos. Cabe señalar que el Derecho de Autor para Ernesto Rengifo (1996) es “una moderna disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y de ésta con la sociedad” (p. 47) Este derecho protege los intereses patrimoniales y morales que el creador tiene sobre su obra; protege los procesos creativos así como también a los actores que intervienen en ellos.

Para que pueda calificarse como obra ya sea artística o literaria debe contener originalidad. No debe ser copia de otra ya existente y debe verse reflejada el aporte creativo y personal del autor para que le brinde una naturaleza auténtica. Ernesto Rengifo García en su texto antes mencionado nos habla sobre seis teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor. Haremos un breve resumen de cada una de ellas

1. Teoría del derecho de propiedad: Esta corriente proveniente de la revolución Francesa sostiene que la propiedad más sagrada de un individuo es la producida por su propio ingenio. El autor es propietario de la creación intelectual y no como Rengifo sostiene (1996) sobre el “soporte físico o material que incorpora o exterioriza la creación” (p.62)
2. Teoría del derecho sobre bienes inmateriales: Esta teoría sostiene que las cosas incorpóreas se dividen en dos grupos distintos al concepto de propiedad. Por un lado los derechos inmateriales, que incluyen el derecho de autor y patente, y por otro los derechos individuales como el derecho sobre el nombre por ejemplo.
3. Teoría del derecho de la personalidad: El derecho de autor es un derecho de la personalidad del autor expresada en su obra. Para esta teoría la obra intelectual es una prolongación de la personalidad del autor. Esta teoría no da importancia a la ganancia que el autor pueda obtener sobre su explotación comercial, sino a la originalidad en sí misma de la obra como consecuencia del sello de la propia personalidad del autor.
4. Teoría del derecho de autor como derecho moral y patrimonial. Esta teoría sostiene una naturaleza mixta inseparable, por un lado el derecho a la explotación de la obra y por otro la originalidad de la obra consecuencia de la personalidad del autor.
5. Teoría de los derechos intelectuales: Esta teoría defendida por EDMOND PICARD, crea una cuarta categoría de derechos distinta a las tres ya existentes que son: reales, personales, y de obligación. Esta categoría toma el nombre de derechos intelectuales
6. Teoría del derecho de autor como un monopolio de explotación: Esta teoría anglosajona sostiene que el autor crea un vínculo jurídico de dominio sobre su obra. Ese es el fin del término copyright.

El titular del derecho de autor es el individuo que creó la obra artística o literaria. Por ejemplo, el escultor de una escultura, el escritor de una novela, el poeta sobre su poesía. En el caso de la música el derecho de autor puede recaer en el compositor musical sobre los arreglos musical o composición artística de la canción; el que haya escrito sobre las letras sobre ellas si no fuere el mismo compositor y las notas escritas en el papel. Existen también las obras con pluralidad de autores en que por la naturaleza de la obra sus aportes no pueden separarse y por ende la titularidad del derecho de autor no puede dividirse. No se debe olvidar que el derecho de autor comprende dos derechos: el derecho moral y el derecho patrimonial, que pueden ser ejercidos conjuntamente por el mismo creador o de manera separada. Por ejemplo, el derecho patrimonial de una composición musical se puede ceder a una productora para que ejerza el derecho de explotación (patrimonial) sobre ella; Pero es muy importante precisar que el autor es siempre la persona con quien nacen los derechos respecto a la creación de la obra, en este caso la composición musical.

El derecho moral del autor es inseparable del autor, ya que este nace con el proceso creativo propio del autor que le diferencia de cualquier otra obra. Presenta cuatro características esenciales este derecho. El primero la perpetuidad en el sentido que la paternidad sobre la obra debe ser controlada por sus descendientes después de su muerte. Inclusive el estado debe proteger este derecho después de la muerte del autor para que el colectivo no olvide su aporte

“El derecho moral, como derecho de la personalidad, se extingue con la muerte, pero lo que ha querido el legislador legitimando ex lege a determinadas personas o entidades para la defensa de las facultades de paternidad e integridad de la obra es defender aquellos ideales que constituyen la cultura de un país, y por tanto velar por la memoria del autor y por la aportación cultural que al creación intelectual implica” (Rengifo, 1996, p. 118)

La segunda característica es la inalienabilidad del derecho moral del autor, Este se refiere a que esta facultad personal de autor no puede ser negociada por ningún medio; distinto a los derechos patrimoniales que sí pueden ser objeto de un negocio jurídico para que el goce de ellos recaiga sobre una persona distinta al autor. Pero eso sí como sostiene Rengifo (1996) "conservando los derechos de paternidad, integridad, derecho al inédito, a la modificación y al arrepentimiento" (p. 118)

La tercera característica del derecho moral del autor sobre su obra, es decir que el compositor tiene sobre su canción, es el de la irrenunciabilidad. Es decir que el compositor no puede renunciar expresamente a sus derechos morales sobre la canción, por más beneficiosa que sea la retribución económica. No puede renunciar a los beneficios que le corresponde como autor.

La cuarta característica de este derecho es la imprescindibilidad, esto se debe a que como el derecho moral se encuentra dentro de la categoría el derecho de la personalidad y por no estar sujeto al mundo del comercio del hombre, no prescriben nunca con el paso del tiempo. Cualquier acción legal para la protección de este derecho puede presentarse en cualquier momento.

Por otro lado y de manera general decimos que el derecho patrimonial del autor es la facultad que tiene el autor para explotar su obra por cuenta propia o autorizar a un tercero esta explotación. A cambio de esta autorización el tercero debe retribuir al autor correspondiendo a la idea que la creación del autor tiene una valoración económica. En el caso del compositor se le paga por desarrollar el proceso para la creación de canciones tal como la búsqueda armónica de sonidos. Dentro de estos derechos patrimoniales que se pueden ceder por el autor están: el derecho por ejecución pública (conciertos), derechos de reproducción mecánica y de sincronización, derechos de distribución

Para conocer más la naturaleza del derecho patrimonial del autor nos remitimos a el mismo autor, Ernesto Rengifo (1996) en su texto dice: "El derecho autor confiere al creador un monopolio de explotación de la obra como

derecho exclusivo, absoluto y oponible erga omnes. Dicho derecho es transmisible, temporal y renunciable (...)” (p.149)

Para los músicos y artistas en general es muy importante la existencia del derecho patrimonial del autor ya que además de recibir una compensación económica, contribuye a generar mayor interés para que los creadores trabajen en nuevas obras, así como también genera un avance cultural e intelectual de los pueblos.

Para conocer más sobre el espectro de los derechos patrimoniales del autor nos referiremos a los actores dentro de la industria musical que son:

“Autores: Persona Natural que realiza la creación intelectual; componen las canciones sin interpretarlas, la mayoría de veces su creación es interpretada por diferentes artistas. Muchas veces los autores pueden interpretar su música y a estos se los conoce como canta autores

Artistas intérpretes o ejecutantes: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

Bandas musicales: Grupos de músico que se reúnen para interpretar las canciones.

Entidades de gestión colectiva de derechos. Personas jurídicas de derecho privado sin fin de lucro cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de derechos de autor o de derechos conexos o de ambos. Se encargan de administrar los pagos por los derechos económicos que tiene por ley los artistas, intérpretes o ejecutantes. La afiliación a estas entidades es voluntaria “(Altamirano, 2008, p.32)

En el Ecuador las entidades de gestión relacionadas a las músicas autorizadas son:

- Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE)

- Sociedad de Productores de Fonogramas
- Sociedad de Artistas, Intérpretes y Músicos Ejecutantes del Ecuador (SARIME)

“Editores o Editorial Musical : Persona natural o jurídica que mediante contrato escrito con el autor o su causahabiente se obliga a asegurar la publicación y divulgación de la obra por su propia cuenta. Administra los derechos del autor y promociona sus trabajos. La afiliación a estas entidades es voluntaria.

Organismos de difusión: Persona natural o jurídica que decide las emisiones y que determina las condiciones de emisión de radio televisión u otros de carácter mediático de las obras de los artistas.

Promotores de conciertos: Son entes naturales o jurídicos cuyo labor está orientada a o facilitar la organización y la promoción de conciertos de los artistas.

Productores de música: Se encargan de buscar nuevos talentos y también de desarrollar los talentos existentes, participan en el proceso de producción de nuevos trabajos y también distribuyen contenidos musicales.

(...)

Canal de ventas: Se encargan de entregar la música en los distintos formatos a los canales de ventas minoristas, para que a su vez estos lleguen al público para cerrar el ciclo de venta del producto, que para nuestro caso, es una producción musical compuesta por un autor, producida por una discográfica, administrada por una entidad de gestión colectiva, protegida por una editorial y ejecutada por un intérprete” (Altamirano, 2008, p.33)

A continuación haremos una breve reseña histórica sobre los derechos de autor en el Ecuador descrita por Luis Villaroel Villalón en la *Guía para comprender el Derecho de Autor* en Ecuador. La historia refleja como la

estructuración de una normativa sobre propiedad intelectual, fue necesaria para proteger los derechos de autor, los mismos que también se ejercen por la mayoría de actores del medio musical.

El 8 de Agosto de 1887 entró en vigencia la primera ley de derechos de autor en el Ecuador, llamada *Ley de Propiedad Literaria y Artística*. Después de un año el 15 de agosto 1888, se registra la primera obra *Escritos y discursos* de Gabriel García Moreno, en la novel institución conocida como Registro de la Propiedad Literaria y Artística. La ley antes mencionada tuvo vigencia hasta 1959, derogada por la *Ley de Derechos de Autor* que se aplicó hasta agosto de 1976. Esta última fue oficial hasta la entrada en vigencia de la actual *Ley de Propiedad Intelectual* en 1998, la misma que creó el Instituto de la Propiedad Intelectual (IEPI)

Para finalizar este subcapítulo se identificará un gran número de normas internacionales que protegen los derechos de autor en consecuencia de los músicos. La gran cantidad de estas normas son un reflejo de la gran importancia del derecho de autor y la propiedad intelectual para la música

- Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas.
- Convención Universal sobre derechos de autor (Ginebra 1952)
- Convención Internacional de Roma de 1961

En América

- Tratado de Montevideo (1889)
- Convención de México (1902)
- Convención de Río de Janeiro (1906)
- Convención de Buenos Aires(1910)
- Acuerdo de Caracas (1911)
- Convención de la Habana(1928)
- Segundo Tratado de Montevideo (1939)
- Convención Washington (1946)

1.4 El derecho colectivo a las expresiones culturales y como una de ellas la música.

Según el artículo 10 de la Constitución los titulares de los derechos garantizados en ella y en los tratados internacionales son las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos. Es por eso, que hay algunos de los derechos, desarrollados en la Constitución, que se ejercen de manera colectiva además del individual. Los derechos que se ejercen por un colectivo se encuentran normados literalmente en veinte y uno numerales en el artículo 57 de la Constitución que dice:

“ Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (Constitución, art 57)

Existen otros artículos en los que no se manifiesta de manera literal que su ejercicio puede ser colectivo, pero por su contenido se deduce que sí. Por esa razón vamos a incluir en este análisis no sólo los derechos que podrán ser amparados para colectivos como tal sino también los derechos ejercidos cuando la música es desarrollada en un contexto que integran a más de un individuo. Pero, para entender estas relaciones y ejemplificarlas con las expresiones de ciertos pueblos ecuatorianos, primero debemos contextualizar el análisis dentro del concepto de derecho colectivo y la expresión cultural.

El concepto de derecho colectivo como tal ha vuelto a aparecer en el debate jurídico, muy a pesar de que la doctrina sostiene que la existencia de este tipo de derechos se remonta a la época romanista momento en que la tradición ya otorgaba derecho a las colectividades. Estos derechos colectivos están en contraposición del liberalismo clásico que enmarca la protección y libertad del individuo independiente de donde este provenga como principal objetivo. Esta corriente discute la existencia de los derechos colectivos, es así que para Angélica Bernal (2000) que “sólo los individuos pueden ser agentes morales

poseedores de derechos” (p. 39), y que el Estado es el único ente ficticio además del individuo capaz de ser titular de derechos.

Para poder conceptualizar el término se debe primero comprender que para que se proteja los derechos colectivos las personas deben estar conscientes que existe conjuntamente una vida individual y una vida colectiva. Su naturaleza compleja hace que se estos derechos colectivos se enmarquen en un gran número de temáticas jurídicas tales como: derechos del consumidor; derechos de reivindicación de los pueblos, nacionalidades, etnias; hasta el derecho a presentar una demanda en nombre de un grupo. Angélica Bernal autora de *De la exclusión étnica a los derechos colectivos: Un análisis político del Ecuador*, sostiene que el método tradicional desde una manera simple, como ella misma lo dice, clasifica a un derecho dentro de los derechos colectivos cuando un derecho individual deja de serlo si: 1) el objeto del derecho es colectivo; 2) el interés al que sirve es colectivo; y 3) el ejercicio del derecho es colectivo.

Para ampliar la clasificación anterior nos remitimos al autor Andrés Gil que caracteriza a los derechos colectivos desde una diferenciación con los derechos subjetivos. Él sostiene que es un derecho colectivo cuando el goce y uso de un bien colectivo en sí mismo es totalmente distinto sí este goce y uso podría ser ejercido como un derecho subjetivo. Necesariamente el goce y el uso del bien colectivo para Gil (2005) debe ser “compartido con otros sujetos en igualdad de condiciones” (p.125), teniendo en cuenta que la colectividad es producto de la “suma idénticas de subjetividades”(p.125).

Es decir que todos pueden usar y gozar de este bien de manera solidaria pero es imposible que un particular pueda disponer de ese bien. Es por eso, que los derechos colectivos son transindividuales, que quiere decir que abarca más allá de la individualidad; y son indivisibles en el sentido, para Andrés Gil (2005) que no son una “mera colección de derechos individuales “ (p. 146), sino un todo que pertenecen a la comunidad y no a un individuo independiente de ella.

El concepto de derechos colectivos se puede comprender desde la óptica de qué grupos de individuos son titulares de este derecho como un colectivo. El origen de un grupo de individuos nace a partir de factores objetivos y subjetivos determinados por McDonald. Los objetivos son, la raza, el lenguaje, la historia común, la etnicidad y las condiciones sociales. Mientras que los factores subjetivos no están limitados a un legado común del pasado, sino a un factor de identidad actual, es decir un bien colectivo no divisible, que sin este el grupo pierda su distintivo de identificación.

Bernal (2000) en su texto trae a colación el tipo de derechos que tratan los derechos colectivos, desarrollado por Kymlicka. Creemos que es más preciso hablar de que esta categoría de derechos colectivos se dividen por el bien colectivo protegido como son: 1) Los derechos de autogobierno; 2) derechos multiétnicos; y 3) derechos especiales de representación.

Los primeros están relacionadas a la autonomía política y jurisdiccional, protegidos por el derecho de autodeterminación. Un ejemplo de ello es la decisión propia sobre; la administración de justicia, recursos naturales, etc. Los segundos se refieren al derecho del colectivo a expresar sin discriminación sus prácticas culturales tales como lengua, religión, etc. Los terceros derechos están relacionados a los derechos de representación y participación política, como su presencia en el gobierno e instituciones.

Como ya se puntualizó anteriormente ciertos derechos se ejercen de manera colectiva, y la expresión cultural es un medio mediante el cual el goce de estos derechos colectivos se vuelve real. Es necesario entonces entender la expresión cultural bajo el contexto de los derechos culturales.

Dentro de los derechos culturales se encuentran los derechos a la comunicación e información, a la educación, a la participación en la vida cultural. Su existencia busca el pleno desarrollo en todos los campos de un

individuo dentro de la sociedad en la que vive. Una de sus características primordiales es la interdependencia que tiene con los derechos económicos y sociales así como también con los derechos civiles y políticos. Para nuestro análisis son importantes dos aristas de los derechos culturales. El primero es el derecho de todo individuo o colectivo a crear y transmitir obras; y la segunda es el derecho que se tiene a acceder a estas obras de manera, que como manifiesta Karel Vasak (1982) que se “permita la participación en la vida cultural y en la identidad de los pueblos” (p.191). En el artículo 15 del *Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales* dice que todo individuo tiene derecho a participar de la vida cultural, a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y aprovecharse de los intereses morales y materiales que resulten de la producción científica, literaria o artística. Los Estados son los encargados del cumplimiento y desarrollo de estos derechos. Los derechos de autor son el mecanismo efectivo para que realmente se goce del derecho señalado. La propiedad cultural, se refiere a la conservación, protección y preservación de manuscritos, libros, archivos, monumentos, edificios, etc.

La comunidad internacional, especialmente, la ONU se ha manifestado en sus recomendaciones o resoluciones con parámetros para que estos derechos culturales se ejerzan realmente en el mundo. La 19 sesión de la Unesco en Nairobi en 1976, refleja la preocupación del organismo frente a la temática. Se adoptó una recomendación que versa sobre la participación y contribución del pueblo en la vida cultural; y la posición de las instituciones públicas frente a la actividad cultural en general.

“ La Recomendación estipula, entre otros puntos, que los Estados deben garantizar los derechos culturales como derechos humanos, , garantizar la igualdad de culturas, proporcionar acceso a los tesoros de la cultura nacional y mundial sin discriminaciones ,proteger y desarrollar formas auténticas de expresión, y diversas medidas más relativas al status de las personas que participen en los procesos

creativos, medios de comunicación de masas, educación , ocio, etc.”
(Vasak , 1982, p. 193)

Creemos que uno de los bienes protegidos más importantes por los derechos culturales es la identidad cultural .La participación activa de la comunidad en la vida cultural ha representa un mecanismo real para fortalecer la identidad cultural de los pueblos y países donde existe un predominio no colectivo relevante. Los principios sobre la identidad cultural se promulgaron en la Conferencia intergubernamental sobre las políticas culturales en África, organizada por la Unesco en 1975, con el fin de respaldar una auténtica independencia en los países africanos mediante una descolonización cultural. Allí se encuentra la naturaleza, las características de la identidad cultural. En las que podemos resaltar las siguientes:

1. Acto de liberación.
2. Instrumento de lucha por una independencia efectiva.
3. Medio para la completa realización del individuo
4. Medio para el desarrollo de la sociedad.
5. Requisito necesario para reconocer el derecho inalienable de las naciones a disponer de sí mismas.
6. Medio de reconocimiento para la igualdad y dignidad absoluta de todas las culturas.

También nos trasladamos a 1966, cuando la Conferencia General de la Unesco adoptó una declaración, que resalta la necesidad de proteger la identidad de los pueblos en sus valores culturales. En su artículo 1 se proclama:

- “1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y conservados.
2. Todos los pueblos tienen el derecho y el deber de desarrollar su cultura.

3. Todas las culturas, en su rica variedad y diversidad, y en las influencias recíprocas que ejercen unas sobre otras, forman parte de la herencia común perteneciente a la humanidad.” (Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, art 1)

La participación de la comunidad en la vida cultural se encuentra en las expresiones culturales de cada pueblo. ¿Qué se entiende por expresión cultural? Para ser más preciso en este concepto nos remitimos al texto, *La expresión cultural y el desarrollo de base*, de David Kleymeyer, que dice lo siguiente.

“La expresión cultural es la representación del patrimonio colectivo de un grupo determinado (su historia, valores estéticos, creencias, observaciones, anhelos conocimientos, sabiduría y opiniones) por medio del lenguaje, símbolos, acciones y otras manifestaciones, para la gente de dentro y fuera del grupo” (Kleymeyer, 1994, p.19)

La expresión cultural contiene dos elementos: materiales e inmateriales. Los materiales son esculturas, tejidos, vestimenta; mientras que los inmateriales son las canciones, leyendas, danzas. También estos dos elementos pueden encontrarse juntos, por ejemplo en las obras teatrales que cuentan leyendas y en donde sus personajes utilizan vestimenta con un tejido específico que represente el sentido estético del colectivo. Los lugares donde se manifiestan estas expresiones culturales pueden ser festivales, exposiciones, así como también en la vida diaria de los individuos o colectivos. Usualmente a la vida diaria nos referimos a lugares de reunión de los individuos, en el caso de las culturas ecuatorianas los rituales, donde se practica la música o festividades representan centros de reunión.

En el texto de Kleymer se señalan ocho formas en las que puede influir la expresión cultural en el desarrollo de una sociedad. Para entender la gran importancia de la expresión cultural, señalaremos el listado de sus usos y

funciones .Las canciones musicales al estar dentro del conjunto de expresión cultural, también influyen en estos aspectos según el autor.

1. Fortalecimiento de la identidad colectiva, la organización social y la comunidad
2. Un antídoto contra el deterioro del sentido de identidad el complejo de inferioridad compartido y la alienación.
3. La enseñanza y la concientización.
4. Creatividad e innovación.
5. Genera un vínculo con la producción.
6. Preservación de la autonomía y del carácter básico de las subetnias:
El desafío del pluralismo.
7. Un instrumento del discurso democrático y de la mediación social.
8. Generación energía cultural.

Ahora daremos algunos ejemplos de expresiones culturales de los pueblos ecuatorianos donde se configura el ejercicio de derechos colectivos mediante la práctica de la música.

Los Huaorani es una etnia ecuatoriana que se encuentra en las provincias de Napo y Pastaza, principalmente en el cantón Curaray. La gran mayoría de sus fiestas giran alrededor de su actividad agrícola, así su principal fiesta tradicional es la elaboración de la chicha y cosecha de la chonta. Esta consiste en que una vez acabada la cosecha de yuca la comunidad regresa a la chacra con música, como parte del ritual para la elaboración de la chicha ahumada. Mullo Sandoval (2009) manifiesta que “Sus cantos relatan la vida presente y pasada, y sus bailes tradicionales se segmentan sólo para hombres o mujeres exclusivamente. Las fiestas se dan en función de los excedentes que tenga la producción agrícola, la pesca o la cacería” (p.190)

La música acompaña el derecho de la comunidad a desarrollar libremente sus tradiciones como es la preparación de su dieta con alimentación y nutrición

propia. Para los huaroani encontrar la dulcificación de la chicha es fundamental para ingerirla. Este mismo procedimiento se realizan en los meses de abril y mayo en la cosecha de chonta, esencial en la dieta huaorani. Ellos cantan y tocan la flauta hasta llegar a la casa, y los sonidos finalizan con tres golpes “raz ,raz, raz.”

Es por eso que al cumplir con esta tradición se ejerce colectivamente el derecho que está establecido en el numeral 1 del artículo 57 de la Constitución.

” 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.”
(Constitución, art 57.1)

Otro ejemplo, que demuestra que la música fortalece el ejercicio libre de las tradiciones ancestrales, cualquiera que ellas sean, son los rituales de la Yumbada de Cotocollao. La Yumbada de Cotocollao consiste en un ritual que representa la cacería que los guerreros Yumbos realizaban cuando un zaino se ha comido sus cosechas. Estos guerreros partían en búsqueda del zaino, pero en este camino debían mostrar su valentía y coraje al encontrarse con otros guerreros en el transcurso del viaje. Se puede creer que esta tradición ancestral enaltece la violencia por el hecho de matar a un animal, pero la naturaleza del ritual es otro. En el ritual se producen cantos de agradecimientos para que regrese la paz y tranquilidad a la comunidad, dejando a un lado todos esos sentimientos destructores violentos generados en la cacería del zaino. La melodía que se canta en el ritual, como se encuentra descrito en el texto de Mullo Sandoval (2009) es la siguiente “Dios solopay gobernador/Tanto, tanto agradecido/Marujita Sebastiana /Asómate a la ventana/Para darte la semana robando de taita y mama.” (p. 141)

El numeral 9 del artículo 57 que expresa lo siguiente: “ 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.” (Constitución, art 57.9), es otro de los derechos colectivos que se pueden ejercer mediante la música .Por

ejemplo, en los últimos días del mes de Agosto, en Tixán parroquia del cantón Alausí, se celebra la fiesta de la cosecha. En las actividades relacionadas con el cultivo de trigo se ejecuta un canto conocido como Jahuay. Este cantico expresa, entre otras cosas el vínculo entre el mayordomo y patrón relacionada a su actividad agrícola productiva. El cantico aquí expresa lo que el miedo a la autoridad puede reprimir. Sin embargo al realizar este cantico se conserva y respeta la generación de autoridad y forma de organización social de propia de esta parroquia. El cantico se desarrolla de la siguiente manera, según el texto *Música Patrimonial del Ecuador* de Mullo Sandoval (2009): “ El “Paqui” o “quien rompe el silencio” es el personaje que hace de solista y canta una serie de melodías, mientras el coro de hombres y mujeres le van contestando a manera de canto responsorial diciendo “jjahuay!jjahuay!”(p.93)

Siguiendo con los ejemplos vamos a el primer párrafo del numeral 8 del artículo 66 de la Constitución , este nos habla sobre el derecho que las personas tienen a “(...)a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.(...)”(Constitución art 66. 8)

Como se ha manifestado antes la música es el eje en que las culturas desarrollan sus rituales. Es un medio de comunión entre lo espiritual y terrenal y es un medio de invocación a sus deidades. De la misma manera los salves, lamentaciones y gritos, representan para la cultura afroandina una forma de practicar su religión. Los salves son cantos sagradas para Semana Santa y los velorios. En los velorios se canta un conjunto de salves, en el que cada uno tiene un contenido específico que se hace cuando el cuerpo del difunto está presente. Así como una manera de profesar en público su religión católica, aparecen las lamentaciones y gritos en momentos de gran conexión y concentración espiritual en el desarrollo del rito. Un ejemplo de una práctica musical es un salve ejecutado a manera de canto responsorial descrito por Mullo Sandoval (2009) el siguiente “ Esa tu corona/Corona bella/Todo enbarnecido/De las estrellas./Cantores:/Dios te salve María/Llena eres de gracias/El Señor es contigo/Bendita eres” (p.85)

El literal 13 del artículo 66 Constitución estipula “13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.”. Un claro ejemplo de asociación de las personas relacionado a la música son los coros. Aquí cada individuo por voluntad propia decide reunirse para cantar en conjunto y de esta manera manifestar un mensaje mediante la música. Maureen McCarthy Draper en su libro, *La naturaleza de la música- Un camino para el bienestar*, nos dice que en los coros amateurs hay espacio para que todos se expresen. Cuando las personas unen sus voces en la misma onda de vibraciones, para cantar una canción, contribuye al espíritu de la comunidad. El hecho de cantar juntos, crea en los individuos vínculos de solidaridad, así el grupo, el colectivo deja a un lado las diferencias buscando una homogeneidad. Seguramente no es necesario que en el colectivo cada persona conozca la vida de cada uno de los integrantes, pero ellos unen esfuerzos para que la pieza musical se reproduzca correctamente.

Existe una composición musical que hace un homenaje a una asociación histórica de obreros en Polonia y que ratifica lo estipulado en el artículo 20.1 de la Declaración Universal de los derechos Humanos.

“Artículo 20-

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”

Esta composición musical es conocida como *Lacrimosa* (1980), creada por Krystof Penderecki, y se la escuchó en la exposición pública de un monumento a favor de este sindicato no gubernamental de obreros en Polonia llamado “Solidarnosc”. Esta agrupación nació en 1980 después de que el gobierno polaco aumentó los precios. Generó una resistencia no violenta nunca antes vista en Europa consiguiendo nuevas elecciones para un cambio social y político. Se creó un fondo de cooperación para los obreros y sus familias que

se encontraban en la clandestinidad. El impacto también llegó a las aulas de clase haciendo que los estudiantes encuentren una manera muy especial de protesta. Finalmente debido a la resistencia pacífica de la sociedad polaca el gobierno pactó con Solidarnosc.

Carlos Reynoso en su texto, *Antropología de la música Vol 1 Teorías de la Simplicidad*, establece una lista de las diez funciones fundamentales de la música elaboradas por Alan Merriam, autor de *Antropology of Music*. Una de ellas es la contribución de la música a la continuidad y estabilidad de la cultura, ya que al ser una manifestación cultural de los pueblos, su práctica garantiza su vigencia en el presente. Cuando la comunidad asiste a rituales acompañadas por música, o a las festividades propias de su pueblo, de por sí está participando en la vida cultural de su comunidad, derecho de libertad garantizado en la Constitución en el literal 24 del artículo 66. La participación de la comunidad a la vida cultural, nos trae a colación otra función de la música establecido por Merriam. Ella es la contribución de la música a la integración de la sociedad, ya que la música es un punto de encuentro para que la comunidad desarrolle actividades en el que se necesita la cooperación y coordinación de sus miembros. Es el caso de coplas “sanpedrinas” cuartetos de versos antepuestos por la exclamación “¡ay! que en la fiesta de San Pedro en Cayambe cantan hombres y mujeres. El amor es una de las temáticas de estos versos dirigidos a los solteros y solteras quienes van a la fiesta para enamorarse. La copla descrita por Mullo Sandoval (2009) es la siguiente: “¡Ay! Cásate casamentero,/¡ay! Casado te quiero ver,/¡ay! Cuando me veas soltero/¡ay!envidia me has de tener.”(p. 91).

Las coplas están tan arraigadas a las costumbres de la población de Cayambe que incluso llevan el nombre de “Música de San Pedro”, es decir que es una expresión cultural propia de esta sociedad. La música acompaña en todo momento las fiestas de la comunidad, es el eje principal para que sus miembros festejen con alegría y diversión. En este caso los solteros y solteras cantan las coplas, en medio de la fiesta de su comunidad, para cortejar a su

pareja. Cuando la comunidad festeja su comunidad participa en su vida cultural ya que la celebra con música propia, como la antes mencionada, con danzas típicas, gastronomía propia y hace que sus costumbres se mantengan vigentes. Otro derecho de libertad desarrollado en el literal 28 de este artículo de la Constitución dice:

“28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.” (Constitución, art. 28)

Según Juan Mullo Sandoval en su texto *Música Patrimonial del Ecuador* las bandas son una agrupación orquestal que desde sus inicios representa en gran medida al mestizaje. En los comienzos del siglo XIX, esta agrupación de instrumentos, permitió al mestizo en un primer momento identificarse con el género musical militar, para luego vincularse con el género nacional y religioso. Para ese entonces el mestizo consolidaba su identidad como legítimo ciudadano libre, y las expresiones musicales como las coplas y los textos patrióticos tocados en las bandas, ayudaron al mestizo a desarrollar esa actitud patriótica. El autor también nos dice que las bandas para su existencia necesitaron identificarse directamente con un origen ya sea geográfico o social. Es decir que el derecho a la identidad colectiva se manifiesta, cuando las bandas eligen para su identificación el nombre del barrio de donde proceden sus integrantes, al santo patrono al que profesan su fé o la institución que los auspicia. Por lo general, los integrantes de la banda provenían de un estrato social marginal, tal como los albañiles, obreros, artesanos, o campesinos. El derecho a fortalecer las características materiales e inmateriales como las manifestaciones culturales y religiosas desprendidas del artículo antes mencionado, se expresan cuando las bandas desarrollan su actividad en los siguientes momentos.

“Amenizan y solemnizan las fiestas más importantes del calendario festivo ecuatoriano, junto a otro tipo de fiestas familiares como matrimonios, bautizos o funerales, sobre todo, en las poblaciones rurales. A las bandas se las puede ver en las “retretas” que son recitales populares y públicos en plazas y parques, en los desfiles, las procesiones religiosas y fiestas taurinas.” (Mullo Sandoval, 2009, p. 43)

En este mismo texto podemos ver como la música es un medio para ejercer el derecho a desarrollar las características materiales e inmateriales de la identidad colectiva como la procedencia familiar y las manifestaciones espirituales. Es el caso de los cantos infantiles que hacen las nanas andinas, tales como el “huachari” o nacimiento. En este canto, se desprende el amor de la madre al hijo cuando lo compara con las situaciones y cosas más bellas de la vida andina. Se hace una metáfora entre la similitud del niño y un granito de maíz. Así la nana demuestra su afecto al nuevo miembro de la familia y lo hace como su costumbre le ha enseñado. También estos cantos, piden a la naturaleza protección al niño. Por esto el autor manifiesta, que el trabajo de las nanas tienen una fuerte relación con la mitología de las sociedades y comunidades que viven en los páramos junto a las montañas con animales como el lobo, el cóndor, etc. La cosmovisión de estos pueblos andinos se refleja en sus cantos, es una forma de manifestar espiritualmente, la relación que tiene la nueva venida de un niño con su entorno, como por ejemplo con las montañas que para estos pueblos tienen un carácter sagrado.

El siguiente capítulo del presente trabajo de investigación pretende determinar la situación actual de la educación musical en el Ecuador, relacionado a lo normado jurídicamente en su Constitución o documentos de validez jurídica tal y como el Plan Nacional del Buen Vivir. Se reflejará la vinculación de esta normativa dentro del concepto del Estado de Derechos y Justicia, y los derechos sociales como es la educación. De la misma manera determinaremos la presencia o no de la música en los currículos de estudio de las instituciones

de educación básica. Así tendremos una verdadera óptica de la visión y realidad sobre la formación musical en la educación básica en el Ecuador, frente al caso de Suiza.

2. Capítulo II. El derecho social a la educación y la música en el Ecuador.

2.1 Estado de constitucional de derechos y justicia.

Es necesario determinar que representa la educación para el mundo del Derecho ecuatoriano. Pero para ello es de suma importancia entender que la orientación del Derecho ecuatoriano dio un giro con la adopción de la última Constitución del 2008, ya que la naturaleza que el Estado adoptó fue totalmente innovadora. Hecho que influye en la actualidad para delimitar los alcances jurídicos que se derivan del artículo 1 de la Constitución.

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)

El Ecuador es el primer país en la región que denomina al estado de esta manera. De este calificativo se desprenden tres elementos: constitucional, de derechos y justicia. Tomando como referencia el ensayo *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia* del autor Ramiro Ávila Santamaría, se va a explicar cada uno de estos elementos, para tener una visión más clara del alcance de la educación como derecho en el Ecuador.

Ávila (2008) sostiene que en el Estado Constitucional la Constitución es la norma jurídica suprema que delimita “el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder” (p.22). Ella tiene tres características esenciales. La primera es una norma material, porque contiene los derechos a ser tutelados; la protección de estos derechos es el principal objetivo del Estado. La segunda característica de la Constitución es ser de naturaleza orgánica, ya que ella establece los órganos pertenecientes al Estado que deben garantizar los derechos. Ser procedimental es la tercera característica de la constitución, que determina los mecanismos de participación y de elaboración de las normas jurídicas. En el Estado Constitucional la existencia de los derechos como fin, hace que estos sean los límites que el poder no pueda traspasar ni violar; y los poderes deben siempre procurar el máximo ejercicio de estos derechos. En este tipo de estados

existen dos tipos de representación. La representación constituyente limita a la representación parlamentaria, la primera es la expresión máxima de la soberanía popular. Las Constituciones norma principal en estos estados, son de directa aplicación por cualquier persona, autoridad o juez. También establecen mecanismos rígidos para su reforma. Las Cortes Constitucional es la autoridad competente para sancionar que actos provenientes del poder público (leyes, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias), son inconstitucionales. En el Ecuador existe este órgano supremo que resuelve los conflictos que impliquen una violación a los preceptos constitucionales. Estas constituciones establecen mecanismos rígidos para su reforma.

El Estado de justicia es el segundo elemento de la denominación de nuestro Estado. De una manera simple se puede decir que la justicia representa para el Estado una directriz obligatoria que debe ser cumplida en su accionar y más aún sí está sujeta a la Constitución que se presupone una norma justa. El hecho de que una norma contenga un valor de justicia, es uno de los tres elementos que componen a las normas jurídicas según C.S.Nino que son: los principios, los enunciados lingüísticos y la valoración de la justicia.

“Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concretas. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en formas de principios. “(Nino, como se citó en Ávila, 2008, p.24)

Lo que entendemos como regla es el segundo elemento “enunciado lingüístico”. Ella debe contener una hipótesis de hecho y una obligación necesariamente ella debe estar acorde con los principios establecidos en la constitución.

El tercer elemento es la valoración de la justicia, ya que necesariamente la norma para su aplicación debe buscar siempre la consecución de la justicia. El sistema jurídico a través de la autoridad competente debe encontrar la manera

que la regla (aplicación, creación) siempre busque la consecución de este objetivo valorativo. Obviamente dependiendo cada caso específico el análisis que hacemos de este elemento es muy simple.

La concepción de un Estado de derechos es de particular interés, ya que es distinto a lo que se entiende por Estado de Derecho. En el Estado de Derechos los derechos someten al Estado, mientras que en el Estado de Derecho la Constitución somete al Estado. Ya que el contenido dogmático es superior al contenido orgánico, y la existencia en sí mismo de la Constitución es para cumplir con estos derechos. Inclusive en el Estado de derechos, los derechos de las personas y pueblos someten al constituyente, distinto al Estado de derecho donde el constituyente es el máximo poder referente.

En este Estado de Derechos se tiene dos nuevas visiones acerca del derecho. La pluralidad jurídica y el rol que tiene los derechos reconocidos en la Constitución. La pluralidad jurídica sostiene que las fuentes del derecho a ser aplicadas no sólo se limitan a la ley, y que sí existe validez jurídica más allá del sistema formal. Es por eso que Dávila no señala los demás elementos que entran en juego actualmente en el derecho que son.

“1. La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), 2.las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), 3.el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente. 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos.” (Ávila, 2008, p.30)

El contenido orgánico de la Constitución buscar el cumplimiento de la parte dogmática de la constitución. Mientras que los derechos en la Constitución, es el fin y objetivo primordial del Estado de reconocer, promover, y garantizar el goce y ejercicios de estos derechos, como es el derecho a la educación.

2.2 Derecho social a la educación.

La educación es un derecho humano fundamental, que permite al individuo adquirir conocimientos; es esencial para ejercer los demás derechos y para ejercer una vida social plena. Este derecho es crucial para el desarrollo económico, social y cultural de las sociedades. El ejercicio de este derecho promueve la libertad y la autonomía personal.

El derecho a la educación consiguió relevancia mundial, desde de la Segunda Guerra Mundial, fecha en que los instrumentos jurídicos internacionales que protegían a la educación salían a la luz. La Naciones Unidas y más específicamente la UNESCO (Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas) y sus respectivos comités han sido las organizaciones que permanentemente se han encargado de la realización y supervisión de estos instrumentos entre los que se encuentran: convenciones, declaraciones, recomendaciones, entre otros. En estos instrumentos se establecen los principios fundamentales y por sobre todas las cosas la normativa para la aplicación clara y concreta de este derecho en los países del mundo.

“En lo que atañe a la supervisión de la aplicación de las convenciones sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de las Naciones Unidas, en tanto que órgano del tratado, supervisa la aplicación del derecho a la educación, según estipulan los Artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” (UNESCO, 2014)

La educación como derecho está reconocido desde 1946, con la aprobación de la constitución de la UNESCO y se han creado varios instrumentos ajustados a las nuevas necesidades encontradas. Sin embargo, se dice que la naturaleza del derecho a la educación como un derecho social, se consolida con la creación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 13 que versa lo siguiente.

“Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. “ (Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.13)

En la página web de la UNESCO se establecen los principios más importantes sobre este derecho, que se desprenden del documento de constitución de la UNESCO, sobre todo en su preámbulo y que luego se han desarrollado de manera más específica en normativas más actuales y específicas. Entre estos principios están: no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato, el acceso universal a la educación y el de solidaridad.

El principio de no discriminación se refiere a que el derecho a la educación es de todos los seres humanos. El principio de igualdad de oportunidades tiene conexión con el anterior principio, en el sentido que al reconocer que el derecho a la educación es de todos los seres humanos su acceso también es para todos de forma igualitaria. Todos los principios están relacionados entre sí. El principio que habla sobre el acceso universal a la educación es la base de todos los demás. Es por eso, que por su contenido de por sí ya se encuentra en la mayoría de los instrumentos al respecto. Por último, el cuarto principio de la solidaridad se refiere al compromiso que tienen los Estados, organizaciones, personas, etc, del cumplimiento real de este derecho. Es una meta que se debe cumplir muy a pesar de las circunstancias.

Estos principios los podemos encontrar en el artículo 1 literal b) del párrafo 2 “(...)la igualdad de posibilidades de educación para todos, sin distinción de raza, sexo ni condición social o económica alguna; Sugiriendo métodos educativos adecuados para preparar a los niños del mundo entero a las responsabilidades del hombre libre” (Constitución UNESCO, art 1)

Por otro lado, el derecho a la educación obliga a los Estados de tres formas. La primera es la obligación de respetar el derecho a la educación, en este sentido el Estado está prohibido a tomar medidas que no permitan el verdadero goce y ejercicio de este derecho. La segunda es la obligación del Estado de proteger el derecho a la educación de manera que su protección no permita a una tercera parte coartar el cumplimiento del derecho. El cumplimiento del derecho a la educación es la tercera obligación del Estado. El cumplimiento abarca suministrar y facilitar a partir de medidas positivas estatales con el fin de que todos los individuos de la sociedad disfruten la educación. El cumplimiento de estas obligaciones es la manera en que los Estados hagan efectivo el derecho a la educación, Es decir, que ellos son los legalmente responsables de alcanzar los objetivos de la educación. El ejemplo más claro de una responsabilidad fundamental asumidas por los Estados es la de brindar una educación básica de calidad para todos que sea gratuita y obligatoria.

2.3 El derecho constitucional a la educación en el Plan Nacional del Buen Vivir.

La Constitución establece que la educación es uno de los derechos (divididos en ocho secciones) del Buen Vivir. En la presentación del Plan Nacional del Buen Vivir se establece un significado a este concepto, que manifiesta lo siguiente:

“El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. No es buscar la opulencia ni el crecimiento económico infinito” (SENPLADES,2013, p.13)

De la misma manera concibe al Buen Vivir como una idea social movilizadora, que rebasa el concepto occidental del desarrollo. Se lo entiende como una nueva alternativa social, liberadora que construye nuevas bases para la organización buscando un desarrollo no sólo limitado a la perspectiva económica. Al Buen Vivir también se lo conoce como Suma Kawsay, término referente al concepto y visión de los pueblos nacidos en los Andes, ha utilizarse para la construcción de derechos. El Gobierno actual para el verdadero alcance y ejercicio de este concepto desarrolló el Plan Nacional del Buen Vivir, el mismo que se lo revisará más adelante.

Volviendo a los derechos del buen vivir, la Constitución en su artículo 26, establece que la educación es un deber obligatorio del Estado, el cual puede ser exigible por el Estado durante toda su vida. Este derecho garantiza la igualdad e inclusión social y su ejercicio es necesario para alcanzar el buen vivir. Los actores que deben estar presentes en el proceso educativo son todas las personas, familias y sociedad. Al revisar el siguiente artículo entendemos que la educación, debe regirse siempre bajo el respeto a los derechos humanos, teniendo al ser humano como centro de la educación. Este artículo desprende las características que debe tener la educación que son: obligatoria, intercultural, democrática, entre otros. También la Constitución en este artículo señala que la educación debe estimular el sentido crítico, el arte. Aquí se observa los primeros indicios que el Estado, se obliga a estimular los procesos artísticos: tales como el teatro, la danza, la música y la pintura. Para esto hay que referirse a las responsabilidades a las que el Estado se obliga respecto a la educación como servicio público. Las mismas que se encuentran en el artículo 347 de la Constitución, donde se hace un análisis más extenso sobre la educación como derecho del régimen del buen vivir. En esta sección desde la Constitución ya se establece una división en los niveles de la educación: la inicial, básica y bachillerato y la separa de la educación superior.

Remitiéndonos a todas las responsabilidades constitucionales, se observa que no existe una responsabilidad del Estado dentro de la educación que estipule literalmente un incentivo para la formación musical de niños y niñas, dicho sea

de paso que no por eso el Estado no es responsable de brindar esta formación, o eso es justamente lo que se espera. Pero es de particular interés el literal 10 del artículo citado, que establece que el Estado, también, será responsable de asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de una lengua ancestral. Esto nos demuestra que una norma constitucional, puede buscar el cumplimiento de un objetivo muy específico, como es la inclusión de una materia (lengua ancestral) en un currículo de estudio.

En la actualidad, es una realidad para el Derecho encontrar una norma en una constitución que tenga un objetivo educacional literal, que refleja claramente una búsqueda de un desarrollo cultural. Es el caso antes mencionado, de Suiza. Su Constitución, después de la reforma, en su versión en español manifiesta lo siguiente :

- “1. La Confederación y los Cantones deberán promover la educación musical, sobre todo para niños y jóvenes.
2. Dentro del ámbito de sus competencias, (la Confederación y los Cantones) procurarán garantizar la educación musical de alta calidad. En caso de que los Cantones fallen en la armonización de los objetivos de la educación musical en las escuelas por temas de coordinación, la Confederación intervendrá en la regulación para su armonización.
3. Con la participación de los Cantones, la Confederación deberá especificar los principios para el acceso de jóvenes a la creación y promoción de personas musicalmente talentosas.” (Constitución Suiza, art 67)

La idea de incorporar un artículo constitucional sobre la formación musical se hizo pública en el 2006 en la reunión anual de la ASMS a cargo de su presidente Hector Herzig. Esta reunión tuvo como finalidad organizar las distintas asociaciones relacionadas a la música para llevar a cabo la propuesta

planteada. Esta organización para llevar a cabo esta propuesta tuvo como referencia, la adopción que ya tuvo cuarenta años atrás la educación deportiva en la Constitución suiza. En Junio del siguiente año se lanza oficialmente esta iniciativa popular. La Constitución Suiza permite a sus ciudadanos presentar una propuesta que modifique esta norma. Esta iniciativa debe estar respaldada por 100 000 de sus ciudadanos y deber ser entregada en un periodo de 18 meses a la institución encargada. La iniciativa puede ser aceptada directamente por las dos cámaras nacionales del parlamento suizo o por el gobierno central; así como también puede ser rechazada u objeto a una contra propuesta. Una vez aceptada la propuesta se efectúa una consulta popular nacional. Ya para el 2010 se conformó un colectivo con más de 21 asociaciones de músicos, en el que están involucrados 650000 músicos profesionales y no profesionales, profesores y artistas, Se debatió la propuesta inicial, que contenía dos artículos entre el 2010 y 2012. Ni el gobierno central ni el parlamento aceptaron la iniciativa. En un comienzo sostenían que no era necesario la adopción de este artículo, ya que para ellos la ley de cultura existente ya amparaba la educación musical. Sin embargo, la mayor diferencia de opiniones se encontró en que el articulado propuesto no definía claramente la responsabilidad de los cantones y confederaciones, tomando en cuenta que en Suiza lo concerniente a la educación es responsabilidad de los cantones. Muy a pesar de esto el gobierno central ya presentaba una apertura positiva a la iniciativa. Por lo que a comienzos del 2012 se permitió incluir un artículo (el número 2) más a la propuesta que definía los alcances de las Confederaciones y Cantones respecto a la educación musical y que no modificaba la esencia de la propuesta. Con esta inclusión la iniciativa se aceptó, y la consulta popular fue el siguiente paso. Desde la discusión y votación de la propuesta en las cámaras hasta el momento de la consulta popular, se realizó una intensa campaña a cargo del colectivo antes conformado representados por 21 delegados. El 23 de Septiembre del 2012 se llevó a cabo la consulta popular, el 73 por ciento de la población voto a favor de la propuesta y la mayoría de cantones también aceptó.

Para la materialización del nuevo articulado de la Constitución antes citado, se desarrollan tres aspectos importantes. El primero una vez que la educación musical y por consecuencia la educación holística ha conseguido la relevancia constitucional y gran valor este país debe capacitar a sus profesores para así cumplir con el objetivo planteado. El segundo aspecto, se refiere a la apertura de nuevas escuelas de música para niños que presenten dificultades socio económicas. El tercer aspecto, es el apoyo necesario para los nuevos talentos musicales.

Suiza se ha comprometido a promulgar en el 2016 una ley, para establecer los mecanismos más concretos para el verdadero cumplimiento del nuevo articulado constitucional. El despacho de Cultura suizo ha manifestado que el primer objetivo a cumplirse por parte de las confederaciones es el respaldo inmediato a los nuevos talentos, y lo que respecta a la educación musical en las escuelas y la apertura de nuevas instituciones especializadas por el momento se ejecutaran más adelante por cada cantón con los nuevos ajustes del sistema escolar suizo.

Suponemos así que la música para Suiza es de tal trascendencia que ocupa un lugar privilegiado en su ordenamiento jurídico, a pesar de que en su normativa también se garantiza incentivo a las artes de manera general. Precisamente esa situación la encontramos en el artículo 380 de nuestra Constitución en la sección de cultura del régimen buen vivir, que en su numeral 4 dice que será responsabilidad del Estado: “4. Establecer políticas e implementar formas de enseñanza para el desarrollo de la vocación artística y creativa de las personas de todas las edades, con prioridad para niñas, niños y adolescentes.”

Aquí de cierta manera se podría decir que la música al pertenecer a una rama de la expresión artística, está incluida en estas políticas que buscan desarrollar las capacidades artísticas de las niñas y niños. Empero, de manera literal el Estado sí se responsabiliza constitucionalmente a incorporar la enseñanza de una lengua ancestral lo que fortalece su obligatoriedad.

En búsqueda de normas constitucionales (literales o no) o disposiciones desprendidas de ella, para establecer jurídicamente la situación de la educación musical a niños y niñas en el Ecuador nos vamos a referir al Plan Nacional de Buen Vivir, guía para el cumplimiento de los derechos del régimen del Buen Vivir.

El Plan Nacional del Buen Vivir es un documento práctico, que sirve como mapa con directrices y objetivos para alcanzar el cumplimiento de los derechos del buen vivir. Son diez objetivos que reflejan una postura política, de los cuales para el presente trabajo de investigación interesa uno de ellos.

Se debe recordar que con la nueva Constitución el Ecuador se autodefine como un Estado Constitucional de derechos y justicia, distinto a la concepción de la antigua constitución de 1998 que refiere al Ecuador como un estado social de derechos y justicia

El Plan Nacional del Buen Vivir 2103- 2017 nos dice que este nuevo concepto (Estado social de derechos y justicia) amplía el rol del Estado, en cuanto a un verdadero cumplimiento de los derechos humanos y en cuanto a la planificación nacional. Para esta nueva concepción el cumplimiento de los derechos humanos como la educación se convierte en la principal responsabilidad del Estado. El Plan Nacional del Buen Vivir se convierte en el instrumento base para la creación de las políticas públicas que garanticen el cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos, así como también como medio para cumplir con el deber de planificación que el Estado asume en la Constitución. La política pública aparece como un canal para garantizar el cumplimiento de derechos y los servicios públicos, planificados, son medios reales para alcanzar los objetivos del Buen Vivir.

Con estos antecedentes nos vamos a referir al objetivo cuatro del Plan Nacional del Buen Vivir, que por su naturaleza deducimos tendría relación a la

educación musical. El objetivo cuatro pretende “Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía”. Desarrolla 10 numerales que trazan las políticas y lineamientos estratégicos para alcanzar el objetivo planteado. Por la naturaleza del presente trabajo de investigación, es relevante determinar sí de manera literal o no los lineamientos versan sobre la educación musical, ya sea como incentivo, promoción, etc.

El cuarto lineamiento, bajo los principios de igualdad equidad social y territorialidad, busca mejorar la educación en todos sus niveles para formar personas creativas, solidarias, responsables. El Plan Nacional del Buen Vivir para este lineamiento desarrolla 16 aristas, de los cuales nos interesan 2 de ellos. Se manifiesta que se busca: Asegurar que los planes promuevan educación física y artística para niños y jóvenes; creación de mallas curriculares que reflejen la cosmovisión de los pueblos. Aquí tenemos un acercamiento a nuestra temática pero no se encuentra la literalidad de la promoción de formación musical lo que no necesariamente implique que no se garantice, pero es menester para este trabajo de investigación recurrir al derecho comparado (Suiza) de manera literal.

Por otro lado, el octavo lineamiento busca fortalecer el diálogo intercultural en la educación y es de interés para este trabajo de investigación los medios establecidos para cumplir con este lineamiento. Aquí nuevamente de manera literal se establece que, de manera progresiva, se insertará en la malla curricular de todo el sistema educativo la enseñanza de una lengua ancestral. Se observa que para el Estado ecuatoriano es un deber primordial la enseñanza de una lengua ancestral, ya que, así se manifiesta en su Constitución y en el Plan Nacional del Buen Vivir.

El noveno lineamiento dice :” **4.9.** Impulsar la formación en áreas de conocimiento no tradicionales que aportan a la construcción del Buen Vivir”. Para ello se plantea una ampliación de oferta educativa en áreas vinculadas con las artes, el deporte, las artesanías; generar programas de becas para cubrir la áreas antes mencionadas; inclusive se busca el fortalecimiento de la

educación financiera; mientras que sobre la educación musical no se desarrolla un contenido. Pero nuevamente por más que se diga que se ampliará la oferta educativa vinculada con las artes, no se expresa nada acerca de formación musical de forma literal.

Por último el décimo lineamiento, es el más relacionada con la temática de este trabajo, este dice: **“4.10. Fortalecer la formación profesional de artistas y deportistas de alto nivel competitivo”**, para ello se considera el impulsar programas de apoyo financiero para los artistas y deportistas; generación de estrategias de apoyo y difusión de artistas. El hecho a mencionar nuevamente, es que en este lineamiento como en todos los desprendidos del objetivo cuatro del Plan Nacional de Buen Vivir, la formación de educación musical no está expresamente mencionada y por ende su protección directa.

Para conocer más a profundidad la situación de la educación musical en el Ecuador, nos remitimos a la norma jurídica vigente que regula los contenidos de la malla curricular de la educación básica del país. Mediante acuerdo ministerial publicado el 11 de Marzo del 2014 en el Registro Oficial, emitido por el Ministro de Educación Augusto X Espinosa, se dispuso a establecer la malla curricular pertinente para primero de básica hasta décimo de básica. Debemos anotar que un acuerdo ministerial es una norma que la misma Constitución en su artículo 425 le otorga validez jurídica. En este artículo se establece el orden jerárquico de aplicación de las normas del ordenamiento jurídico. Los acuerdos ministeriales ocupan el penúltimo bloque para la aplicación de las normas, y está subordinado a todas aquellas que ocupan un rango jerárquico mayor. Ese orden jerárquico establecido en la constitución es el siguiente:

“Art 425 La Constitución; los tratados y convenios internacionales; la leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. (Constitución, art. 425)

Esto sugiere que el contenido de la malla curricular, emitido mediante acuerdo, necesariamente debe llevar concordancia con las normas que le anteceden, lo que inmediatamente nos sugiere que las asignaturas de malla curricular podrían provenir también de una norma superior al acuerdo.

La malla curricular contenida en el acuerdo antes mencionado incluye las asignaturas a dictarse, con su respectiva carga horaria. En el mismo acuerdo se anexa el cuadro de la malla que se despliega de la siguiente manera:

MALLA DE LA EDUCACIÓN GENERAL BÁSICA										
ASIGNATURAS Y CLUBES	GRADO									
	1º	2º	3º	4º	5º	6º	7º	8º	9º	10º
Lengua y Literatura	25	12	12	9	9	9	9	6	6	6
Matemática		8	8	7	7	7	7	6	6	6
Entorno Natural y Social		5	5							
Ciencias Naturales				5	5	5	5	4	4	4
Estudios Sociales				4	4	4	4	4	4	4
Educación Estética	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
Educación Física	5	5	5	5	5	5	5	5	5	5
Lengua Extranjera								5	5	5
Clubes	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3

Figura 1. Malla de La Educación General Básica del Ecuador

Tomado Acuerdo Ministerial, Ministerio de Educación 0041-14 . (2014). Recuperada el 15 de Marzo de 2014 <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/03/ACUERDO-041-14.pdf>

Podemos observar que la música como asignatura específica no aparece en la malla curricular para la educación general básica del Ecuador. Sin embargo, a través de la investigación conocimos que la educación musical está incluida, como un elemento, dentro de la asignatura correspondiente a educación estética. Los contenidos de la asignatura educación estética están desarrollados en el documento “Planes y Programas de Estudio del Área de Cultura Estética de la Reforma Curricular de la Educación General Básica”, elaborada por la Dirección Nacional de Desarrollo Cultural, perteneciente al ese

entonces Ministerio de Educación y Cultura. Dicho documento fue aprobado mediante acuerdo ministerial No.4119-01.09.97. Cabe señalar que actualmente todavía se utiliza este documento, ya que las autoridades competentes se encuentran construyendo los nuevos contenidos de la asignatura, para guardar concordancia con el acuerdo ministerial del 2014. Las autoridades competentes manifestaron, que la entrega de estos nuevos contenidos se espera para finales del presente año 2014.

En las consideraciones generales del documento “Planes y Programas de Estudio del Área de Cultura Estética de la Reforma Curricular de la Educación Básica” se expone los tres lenguajes que pertenecen al área de cultura estética. El primero de ellos son las artes plásticas que incluyen la pintura, escultura, arte gráfico, cerámica, diseño y decoración. El segundo lenguaje incluye a la música y la literatura. El tercero y último lenguaje incluye a las artes mixtas o representativas como la danza, teatro e imagen. En estas consideraciones generales se hace una breve introducción sobre la necesidad de la enseñanza de cultura estética. Nos dice que en la actualidad el estudio de la cultura estética brinda al estudiante el conocimiento de distintas formas de expresión, comunicación y de canalización de las emociones. Desde este campo de estudio el estudiante al potenciar su creatividad, promueve un mayor desarrollo de su inteligencia así como también de su percepción, ya que la práctica de cualquiera de los tres lenguajes incluidos en la cultura estética estimula el uso de los sentidos de los estudiantes.

El documento manifiesta claramente que la enseñanza de cultura estética educación básica a nivel básico no busca en sí mismo la formación de artistas, sin embargo representa una entrada para que los estudiantes desarrollen una perspectiva estética de la realidad. Se expresa que el objetivo de este currículo además de brindar espacios de experimentación artística es “ (...), crear individuos sensibles e inteligentes, con una capacidad de comprensión, ciudadanos capaces de enfrentar activamente y con gran sentido de equidad la compleja realidad del mundo actual” . (Dirección Nacional de Desarrollo Cultural, 1997, p.5)

Como se puede observar la enseñanza de educación estética donde la música está incluida, no sólo busca que los estudiantes amplíen su conocimiento, sino que este conocimiento se traduzca en prácticas diarias para afrontar la situación del mundo actual con un sentido de justicia. Después de las consideraciones generales, este plan expone los objetivos específicos y generales de la cultura estética.

2.3.1 Cifras

Según el listado de docentes de música a nivel nacional en centros educación formal (no formales no es de nuestro interés para este documento), el número de profesores formales y legales de esta materia es de 1765. Este listado procede del archivo maestro de instituciones educativas entregado por la Dirección Nacional de Análisis e Información Educativa. En el caso que por cada institución existiese sólo un profesor de música, sólo el 7,67% de las instituciones, según la Tabla 1, cubrirían parcialmente esta materia a nivel nacional. Esto refleja la desatención de los gobernantes para la formación de músicos y/o profesores de música. Cubrir todas las plazas en todas las instituciones es un proyecto de mucho tiempo. Se debe buscar el mecanismo legal adecuado para que las políticas públicas se orienten a cumplir este objetivo de manera progresiva.

Tabla 1. Número de Instituciones educativas formales por sostenimiento

NÚMERO DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS FORMALES POR SOSTENIMIENTO.	
Sostenimiento	Número de Instituciones
Fiscal	17.548
Fiscomisional	572
Municipal	262
Particular Laico	4.001
Particular Religioso	612
Suma:	22.995

Tomado del archivo maestro de instituciones educativas, 2013-2014, Dirección Nacional de Análisis e Información Educativa

2.4 Protección judicial del derecho social de la educación referido a la música.

En todo el desarrollo se demostró como la práctica musical y su educación, tutela principalmente y de manera indirecta tres aristas del derecho. Primero se protege el derecho individual a la libertad expresado en el derecho a la libertad de expresión. Segundo, se protegen derechos colectivos en el ejercicio de las expresiones culturales de los pueblos, entre ellas la música. Tercero, tomando en cuenta de manera hipotética, que el Estado ecuatoriano en su Constitución sí protegería de manera indirecta la educación musical por estar dentro de la educación artística como tal y por relacionarse con los derechos constitucionales individuales y colectivos antes mencionados, precisaremos las posiciones de la doctrina frente a la existencia o no de mecanismos de protección y justiciabilidad de los derechos sociales y el derecho a la educación como uno de ellos. El objetivo de este subcapítulo es determinar, en las circunstancias actuales, cuál es la herramienta jurídica válida para proteger el “derecho a recibir educación musical por parte del Estado a nivel básico” que no está incluido literalmente en la Constitución.

Un Estado al reconocer los derechos se obliga frente a ellos de manera positiva o negativa. Las obligaciones negativas se refieren a todas aquellas que el Estado debe abstenerse de actuar. Mientras que las obligaciones positivas al estado están determinada en las prestaciones que el estado brinde. Tradicionalmente se cree que los derechos económicos sociales y culturales generan sólo obligaciones positivas, ya que el Estado debe facilitar sus recursos para el cumplimiento del objeto de estos derechos que son la salud, vivienda, educación, seguridad social. Sin embargo, el Estado tiene la obligación de no tomar medidas que afecten el pleno goce de estos derechos; como por ejemplo limitando de manera ilegal los beneficios de seguridad social que los individuos tengan. Es por eso, que en la actualidad sí se habla de la existencia de esta dualidad de obligaciones frente a estos derechos.

Empero, para que estos derechos sociales sean plenamente consolidados se deben determinar mecanismos reales y eficaces para su justiciabilidad. Lo que se quiere decir con esto, es que los titulares de estos derechos deben estar legítimamente y legalmente amparados de presentar una acción jurídica a un órgano jurisdiccional competente que exija su cumplimiento. Es decir que la verdadera protección de estos derechos no se agota en las prestaciones positivas que el Estado brinde. Abramovich (2009) sostiene lo siguiente “Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento” (p 10-11).

Esta acción presentada para el cumplimiento en este caso de un derecho social, puede prevenir del incumplimiento de las obligaciones positivas o negativas del Estado. Las obligaciones negativas enmarcan los límites que el Estado debe respetar cuando exprese su voluntad en cualquier de sus forma. El Estado no puede limitar el acceso y goce de estos derechos, cuando en ejercicio de su potestad regulatoria se encuentre cualquier tipo de discriminación. El incumplimiento de las obligaciones positivas, se refieren a las omisiones del Estado en la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento y ejercicio de estos derechos. Justamente la doctrina plantea que una justiciabilidad verdadera de estos derechos se dificulta, en tanto que para los órganos judiciales es muy complejo exigir que los incumplimientos de las obligaciones positivas del Estado, presentadas mediante recurso, se cumplan en la práctica. Es importante señalar que en la Opinión General No9. sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se dice que los Estados no podrán alegar que en su ordenamiento jurídico no contienen un recurso judicial que haga justiciable estos derechos. Es más sí los Estados no poseen este tipo de recursos representa una violación al Pacto.

Abravamovich establece cuatro limitaciones principales que hacen que la justiciabilidad de los derechos sociales sea compleja. Es importante para este análisis señalarlas.

1. La determinación de la conducta debida:

Las medidas para el cumplimiento del objeto de este tipo de derechos no tienen una medida. No se conoce la magnitud de prestaciones que el Estado debe brindar, es por eso que algunos estados en sus legislaciones se hablan sobre prestaciones mínimas. Esto se debe que el contenido de estos derechos no es específica.

2. La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas.

El problema se suscita por la forma tradicional de actuar de los magistrados. Ya que usualmente en el caso de los derechos sociales, los actos a ser juzgados suelen ser denominados políticos. Los órganos jurisdiccionales prefieren dejar a cargo de los órganos políticos este tipo de decisiones.

3. La inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos sociales.

Algunos ordenamientos jurídicos no se han adecuado ni modernizado, en la creación de recursos eficientes para su tutela. Existen mecanismo procesales que no agilitan la protección de estos derechos. Los fallos judiciales no cuentan mecanismo efectivos para su real cumplimiento La discusión se ha centrado en asuntos conceptuales tradicionales más que en la búsqueda de estos recursos que cubran estas necesidades, ya que la vulneración de los derechos sociales necesita ser tratados de manera urgente.

4. La escasa tradición de control judicial en la materia

No existe una tradición jurídica que exija el cumplimiento de estos derechos cuando hayan sido violentados, muy a pesar de estos estén dentro del rango constitucional. El desconocimiento de los titulares de estos derechos para

hacer uso efectivo de los recursos es otro de los limitantes para la protección de los derechos sociales.

Por otro lado hay autores como Miguel Carbonell que sí creen que los derechos sociales son justiciables. Se plantea una visión sobre la naturaleza de los derechos sociales alejada de la visión tradicionalista. Él cree que para que estos derechos sean plenamente exigibles se debe crear una guía de acción.

“Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes” (Carbonell, 2009, p.71)

Este criterio debe partir también de que los derechos sociales deben ser analizados como normas jurídicas como tal, y no como simples deseos o programas políticos. Más aún cuando después de la Declaración y Programa de Viena en 1993, se declara que todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. En el Ecuador la división de la categoría de derechos ya no existe con la Constitución del 2008. Ahora se entiende a los derechos con el criterio de igualdad, indivisibilidad, interdependencia. Los derechos sociales ocupan el mismo lugar que cualquier otro derecho, en consecuencia generan obligaciones como ya lo dijimos anteriormente.

Las obligaciones generales del Estado en materia de derechos sociales son de tres niveles. Respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar es que todos los órganos del Estado, cual fuere que sea, deben abstenerse de actuar de tal manera que viole o se ponga en riesgo estos derechos. La obligación de

proteger se refiere a que el Estado debe precautelar que cualquier agente viole los derechos sociales. Aquí se incluyen todos los mecanismos de prevención y reacción para proteger estos derechos. La obligación de cumplir se refiere a las medidas que el Estado debe implantar para que todos puedan ejercer y gozar plenamente estos derechos. Obviamente partiendo del principio de progresividad, que sostiene que estos derechos se cumplirán de manera progresiva en el tiempo

Las principales medidas que se deben tomar como plan de acción para el cumplimiento de las obligaciones estatales frente de estos derechos sociales según Carbonell son: creación de recursos legales para defender los derechos sociales, destinar el máximo de recursos disponibles, priorizar la protección de los miembros más vulnerables, asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, entre otros.

El número de casos presentados sobre la vulneración del derecho a la educación son menores a los que tratan sobre los otros derechos sociales. Sin embargo la Corte Suprema de Justicia y algunos tribunales argentinos han resuelto casos sobre el tema. Los casos que vamos a presentar son importantes, ya que sus fallos demuestran cómo se debe tutelar el derecho a la educación cuando haya sido violado de alguna manera.

En Argentina un grupo de padres presentó a la Corte una acción de amparo en contra de la decisión de la provincia de Tucumán de no aplicar lo normado en la Ley Federal de la Educación. Esta ley tiene como objetivo asegurar la calidad de la educación, y establece reglas y estándares mínimos para su cumplimiento. Los padres en la acción de amparo sostenían que esta medida violaba, entre otros, el principio de igualdad de oportunidades educativas, ya que los títulos educativos que expida la provincia de Tucumán carecerían de validez frente a los expedidos en el resto del país donde sí se aplica la nueva Ley Federal de la Educación. La Corte expresó que con esta medida provincial, los niños de Tucumán no tendrían el derecho a continuar sus estudios en otras

provincias quedando en desventaja en la búsqueda de trabajo en un futuro. Es por eso, que La Corte decidió a favor de los padres y determinó la invalidez de la norma provincial de Tucumán que no adoptaba el régimen impuesto por la Ley Federal.

El caso “ Lifschitz” es muy interesante. Una familia de escasos recursos con un niño con discapacidad presentó una acción de amparo ante la Corte, ya que el Estado no aceptó al niño en una institución de educación especial, supuestamente por falta de vacantes. Además indicó que no existía transporte público accesible para el traslado del niño. En el reclamo se solicita al Gobierno los recursos para cubrir el pago de una escuela especial privada y el transporte para el niño. La acción se fundamenta en cláusulas de la Convención sobre los derechos del niño, y normas de rango legal. La Corte resolvió a favor de la familia, y obligó al Gobierno a otorgar los recursos pertinente, ya que para su consideración así se cumpliría por sobre todas las cosas el criterio del interés superior del niño.

Un juzgado civil de primera instancia de Neuquén resolvió una acción de amparo colectivo presentada por una comunidad mapuche. Se ordenó a la Administración la contratación de un maestro bilingüe elegido democráticamente por la misma comunidad. La sentencia aseguró a los niños de la comunidad el acceso a una educación bilingüe.

Este caso tiene cierta relación a la sentencia, sobre derechos colectivos, número 0008-09-SAN-CC, emitida por la Corte Constitucional Ecuatoriana que resuelve una acción de incumplimiento, presentada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidad y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI” contra el CONESUP. El contenido de la acción sostiene que el CONESUP incumple con el artículo 4 de la Ley Creación de la Universidad ‘AMAWTAY WASI’ y del artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Universidad cuando mediante acto administrativo del CONESUP No. RCP.S13.No.268.04 del 22 de julio de 2004, dispuso que a partir del 30 de noviembre del 2005, la Universidad

limite su actividad académica solamente a la ciudad de Quito por el tiempo de 5 años. Cabe señalar que las normas referidas establecen que el domicilio principal de la Universidad es la ciudad de Quito, pero expresamente no se estipula que la Universidad funcionará exclusivamente en esta ciudad. También se establece los centros del saber de la Universidad, distinto al concepto de carreras específicas, que son : Centro Kawsay o de la Vida, Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad, Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la Vida, Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo, y Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones.

Los representantes de la Universidad sostienen en la acción que la resolución del CONESUP, vulnera sus derechos a dirigir su sistema educativo bajo sus criterios culturales, métodos e idioma propio, acorde también con el ejercicio principio de descentralización. La Corte fundamenta que el Estado debe garantizar el diálogo pluricultural, el desarrollo de la educación como patrimonio de cada nacionalidad, todos ellos mandatos constitucionales. Sostiene que el CONESUP no puede limitar los sistemas educativos propios de los pueblos, ya que no respeta la diversidad cultural y étnica de las nacionalidades, conceptos que se encuentran en el artículo 57 de nuestra Constitución. Por lo que resuelve aceptar la acción de incumplimiento y ordena principalmente:

“4. En concordancia con el Convenio 169 de la OIT (artículos. 2, 3, 4, 5 y 27), el CONESUP se sujetará para la autorización solicitada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas ‘AMAWTAY WASI’, a las disposiciones de dicho Convenio, en lo siguiente: a) la apertura de Programas Académicos en los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, según su cultura y cosmovisión; b) que en pleno ejercicio de la autonomía universitaria, desarrolle sus propias modalidades y ponga en práctica sus propios métodos de aprendizaje, y esto sirva como un aporte innovador de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas al Sistema Nacional de Educación Superior; y, c) que implemente sus propios

métodos de aprendizaje, sus modalidades, planes o programas que sean necesarios acorde con sus Centros de Saber y de conformidad con su Ley de creación, en estricto respeto a los derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas reconocidos en la Constitución de la República.” (Corte Constitucional, Sentencia 0008-09-SAN-CC, 2009, p. 5)

Este caso refleja como en el país ya existe una búsqueda del Poder Judicial a nivel constitucional, del cumplimiento de todas las características contenidos en el derecho social a la educación. Actualmente no se ha presentado ninguna acción constitucional donde algún individuo o colectivo haya sido vulnerado por no tener acceso a una educación musical a nivel básico.

Para que se cumpla el “derecho a una educación musical a nivel básico “que por deducción se encuentra supuestamente en la Constitución, se debe utilizar medios de protección y justiciabilidad. Creemos que el mecanismo de protección del derecho social a la educación en el Ecuador, contenido en los anteriores artículos, es la política pública. Mientras que para que el derecho a la educación, y más específicamente y para que el derecho a la educación musical a nivel básico que no se encuentra descrito literalmente sea justiciable el medio adecuado es el recurso judicial constitucional conocido como acción de protección.

La política pública es un ejemplo claro de una obligación positiva por parte del Estado para la protección de los derechos sociales. En este caso la política pública es un mecanismo que refleja la obligación de cumplir; como una de las tres obligaciones generales antes mencionadas del Estado frente a estos derechos sociales. Las políticas públicas en el Ecuador han alcanzado una importancia constitucional, ya que a lo largo del articulado de la Carta Magna se encuentran desarrolladas. Para Ávila las políticas públicas están en el rango constitucional por dos razones. La primera se refiere a que alcanzado este rango, las políticas públicas deben promover y potenciar los derechos

reconocidos en la Constitución. Es decir, que en relación a este trabajo de investigación, estas políticas para el cumplimiento del “derecho a la educación musical en la educación básica” planteado deben crear y facilitar todo tipo de recursos tales como: capacitaciones a los docentes, generación de mayor plazas de trabajo para los docentes, campañas de concientización sobre la importancia de la música, etc.

Hay que precisar que las políticas públicas pueden provenir del legislativo o del ejecutivo. Se manifiesta en las leyes en el primer caso y mediante actos administrativos en el segundo. Todas ellas deben buscar el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución; más aún si se trata de derechos del buen vivir; ahí las políticas públicas son imprescindibles para su cumplimiento.

“Las políticas públicas tienen especial relevancia para los derechos del buen vivir, porque éstos suelen tener énfasis en la actividad promovedora de derechos por parte del estado. Todos los derechos del buen vivir requieren de políticas públicas explícitas para su cabal realización”. (Ávila, 2009, p.568)

La segunda razón se refiere a que estas políticas públicas como están dentro de la Constitución deben estar sujetos a un control del mismo nivel, es decir a nivel constitucional. La acción pública de inconstitucionalidad y la acción de protección son los recursos judiciales constitucionales para el control de las políticas públicas. Para utilizar el primer recurso, la política pública debe contravenir alguna norma constitucional que no reconozca un derecho como tal. Mientras que se puede interponer una acción de protección contra una política pública, si esta por acción o por omisión viola un derecho individual o colectivo manifestado en la Constitución. Por ejemplo, si existiese una política pública que cree un programa en el que se dicten clases gratuitas de música sólo a los hijos de personas que estén inscritas en algún movimiento político específico.

Por citar algunos de los artículos constitucionales que versan sobre la temática de políticas públicas nos referimos al Art85. Donde se establece los lineamientos para la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas que garanticen los derechos reconocidos en la Constitución como son: el principio de solidaridad, prevalencia del interés general sobre el particular, la legitimidad y constitucionalidad de las políticas, y la garantía de participación de todos los titulares de derechos.

De manera más específica relacionado a nuestro tema de investigación, que es la educación musical en el Ecuador la Constitución en el art 380 numeral 4 dice lo siguiente “4. Establecer políticas e implementar formas de enseñanza para el desarrollo de la vocación artística y creativa de las personas de todas las edades, con prioridad para niñas, niños y adolescentes.”

No nos olvidemos que El Plan Nacional del Buen Vivir se convierte en el instrumento base para la creación de las políticas públicas que buscan el cumplimiento de los derechos constitucionales y para alcanzar los objetivos del Buen Vivir.

Una vez señalado a la política pública como el mecanismo de protección del “derecho a recibir educación musical por parte del Estado a nivel básico”, desarrollaremos para finalizar el capítulo a la acción de protección como el medio válido para hacer justiciable este derecho de manera indirecta. Cabe señalar nuevamente que en el país no hay registro de una acción de protección presentada por este hecho, por lo que nuestro tratamiento es hipotético y se limita a una justificación doctrinaria. Es por eso, que un acercamiento con la doctrina sobre la acción de protección es nuestra guía para determinar la validez del recurso cuando se presente esta situación, que puede ser poco conocida para los jueces. Como antecedente citaremos una postura de Ávila frente a las violaciones de derechos complejos como son los del buen vivir, a la cual nos acogemos.

“¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no sólo de los trabajadores)?. La más fácil es no resolviéndose, pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al Estado constitucional de derechos y justicia” (Ávila, 2009, p.550)

Comenzaremos diciendo que la acción de protección se encuentra en el art 88 de la Constitución y está regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, norma guía para el siguiente desarrollo conjunto con el texto de Ramiro Ávila ; Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano

La acción de protección es de conocimiento y no cautelar, aunque las medidas cautelares son provisionales. Es por eso que la acción de protección se debe presentar durante la violación de los derechos, para interrumpir la violación y repararla (momentos distintos). También se puede presentar esta acción una vez consumado la violación del derecho, con el fin de declarar la violación y ordenar la reparación del derecho por parte del responsable (Estado o particular). La acción de protección no cabe antes de la violación del derecho ya que su naturaleza no es cautelar ni preventiva; para ese fin existen las medidas cautelares.

Se deben cumplir ciertos parámetros para que proceda la acción de protección:

1. Cumplir requisitos formales establecidos en la LOGJCC.
2. Demostrar la inexistencia de otro mecanismo adecuado y eficaz para proteger el derecho. Es decir que la acción de protección procede sí el otro mecanismo, de vía judicial ordinaria no contiene las dos características- adecuado y eficaz- o sólo contiene una de ellas. La ineficacia de los mecanismo ordinarios puede estar determina por el tiempo que necesita. Tomando en cuenta que la acción de protección procede ante una urgencia con intervención inmediata, y más aún si se trata de personas de atención prioritaria.

3. La procedencia de la acción de protección también está determinada por la capacidad de ofrecer prueba. Ya que en la prueba se centra el debate, y si esta es de naturaleza compleja debe ser presentada en vía ordinaria.

4. El examen de admisibilidad de la acción debe verificar si existe una posible violación del derecho constitucional. Este tratamiento no debe confundirse con el examen de fondo de la acción, en el que ya de manera más prolija se determina la existencia o no de una violación de derechos constitucionales. El examen de admisibilidad es previo al examen de fondo

5. La Constitución del 2008 también ampara la acción de protección frente a particulares, que deben cumplir condiciones además de las antes señaladas. Estas condiciones aparecen cuando los particulares:

- a) Prestan servicios públicos impropios
- b) Actúan por delegación o concesión del Estado.
- c) Provocan daño grave
- d) Cuando la persona afectada este en situación de subordinación, indefensión, discriminación.

6. Justamente lo referido en el literal d) del numeral 5), es un parámetro para determinar si la acción de protección es la idónea, cuando el accionante se encuentre en una circunstancia de:

- a) Subordinación

Cuando la relación implique un desnivel jurídico, constituido por una autoridad y subordinado; contrato o norma jurídica que de origen la relación. Así la persona está obligado por una autoridad mediante contrato o norma a realizar un acto que genere violación de derechos constitucionales

- b) Indefensión

“La posición dominante, que producto de las circunstancias fácticas o jurídicas determinantes de la relación, ostenta un particular

respecto de otro y que ocasiona la impotencia del dominado para reivindicar sus derechos constitucionales. “ (Honorio,2009,p.56)

c) Discriminación

Es la distinción ilegítima que hace un particular frente a otro, violando el derecho a la igualdad material de las personas

3. Capítulo III. Cambios Constitucionales: La educación musical debe incluirse en la Constitución.

En los dos capítulos anteriores se estableció detalladamente la relación que sí tiene la música con el mundo jurídico y sus derechos. Se demostró que la práctica musical conlleva un ejercicio individual o colectivo, dependiendo el caso, principalmente de los derechos: a la libertad de expresión; a la propiedad intelectual; a la expresión cultural; al libre desarrollo a la personalidad y una vida libre de violencia. Se podría añadir también a estos derechos señalados relacionados con la música, el cumplimiento del derecho social a la educación por parte del Estado en el caso que todas las instituciones educativas del Ecuador estén brindando obligatoriamente una formación musical a nivel básico, así sea de manera progresiva. No es el caso con las cifras presentadas con anterioridad. Con esto el Estado sí estaría buscando garantizar el derecho a la educación en todo su espectro. Es decir bajo los parámetros del art 27 de la Constitución, que establece que la educación debe garantizar e impulsar entre algunas otras cosas, el respeto a los derechos humanos, el sentido crítico, el arte, la paz, etc.

En nuestra opinión el Estado en la actualidad no está obligado directamente a brindar una formación musical a nivel básico, ya que en el desarrollo de la Constitución y en Plan Nacional del Buen Vivir no se encuentra una norma literal que le responsabilice. Que no es el caso de la responsabilidad del Estado de asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de una lengua ancestral, debido a que ella se describe literalmente en la Constitución y el Plan Nacional del Buen Vivir. Por esta razón, creemos que incluir de manera específica como responsabilidad educativa del Estado el aseguramiento de una formación musical en la educación básica del Ecuador, no representaría una desproporción jurídica.

La vía constitucional sería el camino para garantizar de manera directa su verdadero cumplimiento. Descartamos la creación de una ley como norma de protección, tomando en cuenta que como se demostró antes la práctica musical y/o su educación es de tal relevancia que protege integralmente otros derechos

constitucionales. (En el subcapítulo 3.2 se señalará nuevamente los derechos constitucionales relacionados con la música, para recordar el análisis ya expuesto en el capítulo uno y dos). Por esa misma razón, con esta idea de inclusión más derechos se protegerían integralmente y su protección judicial con el recurso constitucional adecuado sería más viable. Por otro lado, justificamos nuevamente la incorporación de esta nueva responsabilidad educativa a la Constitución, porque la referencia de Suiza (uno de los países más desarrollados del mundo) nos ha demostrado claramente el proceso para materializar esta propuesta a la realidad.

Este documento al tratarse de un trabajo de investigación de Derecho enfocó la argumentación a la propuesta constitucional planteada desde la relación de la música con la juridicidad. Sin embargo, como aporte adicional señalaremos brevemente el artículo *9 efectos que la música clásica produce sobre nuestro cerebro*, de la revista virtual *Medciencia* conformado por profesionales españoles de medicina, sicología, entre otros. Este artículo cita algunas investigaciones realizadas por diferentes Universidades que resaltan las propiedades positivas que podría presentar escuchar música clásica.

Según el artículo una investigación publicada en *The Journal of Surgery Cardiothoracic*, se ha encontrado que la música puede ayudar la recuperación de un paciente después de un trasplante. Esto se debe a que la música tiene un efecto sobre el sistema nervioso que reduce la ansiedad, el dolor y las náuseas. Así mismo una investigación por el *Duke Cancer Insitute* demostró que el dolor y ansiedad decreció durante una biopsia de próstata. El paciente tratado estaba escuchando música clásica con audífonos. Un estudio del *Health Science Center* de la Universidad de Texas, señala que un grupo de médicos que escuchaban Mozart, detectaron más pólipos precancerosos por encima del rango normal. Además presentaron un mejor rendimiento que un grupo de médicos sin música. Una investigación de la Universidad de Toronto indica que escuchar música clásica antes de acostarse facilita dormir más rápidamente. El artículo también hace referencia al famoso efecto Mozart, este consiste en que escuchar a este compositor clásico ayudaría a mejorar el

razonamiento espacial y la memoria a corto plazo. Según otro estudio de la Universidad de California, las mejores calificaciones en matemáticas consiguieron niños que escuchaban a Mozart y estudiaban piano. De la misma manera investigaciones de la Universidad de Illinois en 2005, aseguran que el aprendizaje gramatical y lingüístico de una lengua propia o foránea se facilita al escuchar música clásica, ya que incide directamente en las habilidades verbales de la persona.

Cabe señalar que en la WEB se pueden encontrar un gran número de estudios, artículos, entrevistas, sobre el efecto de la música en los seres humanos. La información antes señalada es accesoria a nuestra investigación jurídica, y más no representa un eje transversal de este documento. Ahora se desarrollará los procesos de cambios constitucionales establecidos por la Constitución del 2008.

3.1 Procesos de cambios constitucionales en la Constitución del 2008.

Los procesos de cambios constitucionales de nuestra Constitución se encuentran normados desde el artículo 441 hasta el 444, en el capítulo tercero del Título IX referido a la Supremacía de la Constitución.

El primer proceso de cambio constitucional es conocido como la enmienda. Está desarrollado en el artículo 441. Para que se configure la naturaleza de enmienda, nuestra Constitución estipula que la propuesta de reforma debe respetar las siguientes características:

- No debe alterar la estructura fundamental de la Constitución.
- No debe alterar el carácter y elementos constitutivos del Estado.
- No debe establecer restricciones a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.
- No debe modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

La enmienda se puede realizar de dos maneras:

1. Referéndum: solicitado por

1.1 La Presidencia de la República, o;

1.2 La ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

El referéndum se aprueba con al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. El Consejo Nacional Electoral dispondrá la publicación en los siguientes días siguientes al referéndum, si este fuere aprobado.

2. Asamblea Nacional: Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de sus miembros. El proyecto se tramitará en dos debates. El segundo debate se llevará cabo de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. Se aprueba la reforma, si se consigue el respaldo de las dos terceras partes de sus miembros.

El segundo proceso de cambio constitucional es conocido como reforma parcial. Está desarrollado en el artículo 442. Para que se configure la naturaleza de reforma parcial, nuestra Constitución estipula que la propuesta de reforma debe respetar las siguientes características:

- No debe establecer restricciones a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.
- No debe modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

El proyecto de reforma parcial se puede realizar por la iniciativa de:

1. La Presidencia de la República ,o;

2. La ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en registro electoral, o;

3. Asamblea Nacional: Resolución aprobada por la mayoría de sus integrantes.

Una vez presentada la iniciativa, el proceso del proyecto de reforma parcial es el siguiente:

1. La Asamblea Nacional discute la propuesta en al menos dos debates. Después de haber transcurrido al menos noventa días del primer debate, se realizará el segundo.
2. Sí el proyecto de reforma parcial fuere aprobado por la Asamblea Nacional, dentro de los cuarenta días siguientes se convocará a referéndum.
3. El referéndum se aprueba con al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. El Consejo Nacional Electoral dispondrá la publicación en los siguientes días siguientes al referéndum, si este fuere aprobado.

El tercer proceso de cambio constitucional es la asamblea constituyente. Está desarrollado en el artículo 444. La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada mediante consulta popular. En la consulta se debe incluir:

1. Forma de elección de las representantes y los representantes.
2. Reglas del proceso electoral.

La consulta puede ser solicitado por:

1. La Presidencia de la República.
2. Asamblea Nacional: dos terceras partes de sus miembros, o
3. Ciudadanía: doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

Para que la nueva Constitución, realizada por la asamblea constituyente, entre en vigencia debe ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Es necesario decir que el artículo 443 estipula que la Corte Constitucional, es el órgano encargado de calificar que procedimiento de reforma es válido para cada caso y para ello emite un dictamen con las razones de derecho que justifican la decisión. Justamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desde el artículo 100 hasta el artículo 106 , norman sobre el control constitucional que la Corte Constitucional debe hacer respecto al procedimiento de proyecto de enmienda o reformas a este texto jurídico.

Según el origen de la iniciativa, el artículo 100 nos habla sobre el momento que se debe enviar el proyecto a la Corte Constitucional:

1. Presidencia de la República: Antes de expedir el decreto con el que se convoca a referendo o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional.
2. Ciudadanía: Antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional.
3. Asamblea Nacional. Antes de comenzar el proceso de aprobación.

El artículo 102 de la LOGCC establece que la Corte Constitucional ejercerá un control constitucional previo a la convocatoria de referendo, cuando este sea la vía para tramitar la enmienda, reforma o cambio constitucional. El artículo 103, 104, 105 establece todos los parámetros que la Corte Constitucional debe seguir para ejercer el control sobre los considerandos, cuestionarios y formalidades del referendo.

El artículo 106 de esta ley es muy interesante, porque plantea que la Corte Constitucional es el órgano encargado de resolver las demandas de inconstitucionalidad, por vicios de forma y procedimiento dependiendo el caso, dentro de los treinta días siguientes de la vigencia de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

A pesar de que no se trata de un referendo que tramite un cambio constitucional, presentamos un caso en el que la Corte Constitucional ejerció el control constitucional sobre una solicitud de convocatoria a consulta popular. Para ello emitió un dictamen con N. 001-11-DCP-CC, el 1 de Septiembre del 2011, relacionado a la acción propuesta por el presidente del Consejo Nacional Electoral, Omar Simon, sobre la pertinencia constitucional sobre la solicitud de convocatoria a consulta popular en el caso La Concordia. Integrantes de este cantón solicitaron al Consejo Nacional Electoral se realice una convocatoria a consulta popular, que defina a la provincia del Ecuador que estos habitantes deseaban pertenecer, tomando en cuenta que se trasladó a la población de la

Concordia a la jurisdicción de Esmeraldas. Sus habitantes respaldaron su solicitud en el artículo 104 de la Constitución, que permite a la ciudadanía a solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. El mismo articulado en su inciso sexto dice, también, que estas consultas populares solicitadas por la ciudadanía no pueden referirse a asuntos relacionados con la organización política administrativa del país. Justamente por esta razón la Corte Constitucional dictaminó que la solicitud de consulta popular planteada por estos habitantes de la Concordia, atenta contra las reglas procesales de convocatoria, establecidas en ese mismo inciso sexto. Sobre eso La Corte en su análisis manifiesta lo siguiente

“En ese orden de ideas, una vez verificada la pregunta que se pretende poner en conocimiento del elector, es claro para esta Corte Constitucional que incurre en asuntos relativos a la organización político administrativa del país, producto de un conflicto de límites territoriales y de pertenencia, atinentes al cantón La Concordia.”
(Corte Constitucional, Dictamen N. 001-11-DCP-CC, 2011, p. 7)

Estamos de acuerdo con la posición de la Corte Constitucional, ya que, es claro que al hablar sobre la pertenencia de una población a una jurisdicción u otra, se habla directamente sobre la organización político administrativa de un país. En el siguiente subcapítulo para determinar cuál sería el proceso de cambio constitucional adecuado para incorporar la formación musical como responsabilidad constitucional del Estado, se resumirá la relación de música con los derechos constitucionales, temática tratada en los capítulos unos y dos de este documento.

3.2 La relación de los derechos constitucionales con la música.

Es menester de este subcapítulo sintetizar los contenidos del capítulo uno y dos relacionados a los derechos constitucionales, más importantes, que se ejercen con la práctica musical. Las personas que están involucrados con la música en la esfera de ejecución, están en pleno goce de los siguientes

derechos a la: libertad de expresión, propiedad intelectual, al libre desarrollo de la personalidad y a una vida libre de violencia, expresión cultural. Cada uno de estos derechos se encuentran en nuestra Constitución. Ellos se ejercen integralmente con la música, porque con ella se correlacionan al mismo tiempo.

Es el caso antes citado del grupo de punk SOZIEDAD ALKOHÓLIKA. Por más que sus letras puedan ser repulsivas o polémicas, para ciertos sectores de la sociedad, ellos están en pleno goce de su derecho a la libertad de expresión. Este derecho de libertad en nuestra Constitución se encuentra garantizado en el art 66. 6. “El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.” La forma o manifestación que ellos utilizaron fue la música y más específicamente el punk rock. Su opinión está dentro de lo que se considera, también, la libre expresión artística considerando que la música conlleva un proceso creativo. Como diría Peter Haberle en su texto *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura* la creación de obras artísticas plenas está ligada con la dignidad del ser humano. Él nos dice:

“La posibilidad activa o pasiva de poder crear obras artísticas plenas le otorga dignidad al ser humano, lo que no quiere decir en absoluto que no haya estar atento a las posibles situaciones de conflictiva que simultáneamente se produzcan. Términos como dignidad, humanidad, formación artística, educación y cultura, todos ellos configuradores de textos actualmente vigentes sobre derechos humanos, presuponen a sus ciertas cristalizaciones artísticas como parte inherente de la propia cultura, al tiempo que le otorgan a ésta cada vez un nuevo marco de creatividad” (Haberle, 2000, p.84)

El proceso que se llevó a cabo y resultó favorable para el grupo SOZIEDAD ALKOHÓLIKA, protegió esta posibilidad activa para la creación libre de obras artísticas (canción), que inclusive puedan generar polémica a nivel político. Por eso, la música es también un canal para expresar una postura ideológica dentro de una sociedad democrática. No nos olvidemos que dentro de la libertad de expresión también se encuentra el derecho a difundir una postura

ideológica. El grupo español manifestó su postura ideológica haciendo una crítica a los miembros de seguridad.

Independientemente del contenido del contenido de la canción Explota Zerdo, ella pertenece al grupo SOZIEDAD ALKOHÓLIKA. Es decir, que este grupo posee los derechos de propiedad intelectual sobre la canción. El grupo es titular del derecho de autor sobre la composición, arreglos, etc de esta canción. Cabe señalar que nuestra Constitución en su art. 321, reconoce la propiedad intelectual “Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley (...). Es decir también reconoce los derechos de autor, sin embargo la Ley de Propiedad Intelectual es la encargada de normar este derecho. Los otros actores de la industria de la música (promotores, ejecutantes, productores, etc), que podrían estar relacionadas con este grupo español por citar un ejemplo, están vinculados directamente o indirectamente a los derechos de autor.

Para el análisis de los siguientes derechos establecidos en la Constitución, que son el derecho a una vida libre de violencia (art 66.3.a) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, desarrollados en el capítulo uno, será como ya le hicimos anteriormente de manera no tan convencional. No conocemos la vida privada del grupo SOZIEDAD ALKOHOLICA, pero creemos que el hecho que su música sea considerada violenta y repulsiva, puede ser para ellos un mecanismo para canalizar las emociones negativas y restablecer un estado de paz. Justamente como citamos antes a varios músicos, la música es un buen espacio para expresar y descargar las emociones más fuertes en un tiempo determinado. Así se canaliza positivamente todas esas emociones, y la violencia puede disminuir en los espacios públicos y privados. El individuo con esto encuentra una vía adecuada para manifestar y expresar todo lo que lleva dentro para ir así forjando su personalidad. Así vamos viendo como la práctica de la música relaciona al mismo tiempo a más de un derecho constitucional a la vez.

En el subcapítulo 1.4 de este documento se desarrolla la doctrina, los derechos constitucionales, y ejemplos que ejercen los colectivos con la música.

La música para los colectivos del Ecuador y del mundo constituye un medio de expresión cultural. Se expresan ya sea sus elementos materiales como sus instrumentos musicales; o inmateriales como los conocimientos ancestrales propios de cada pueblo. Uno de los aspectos que influye la expresión cultural de los pueblos según Kleymeyer, es el fortalecimiento de la identidad colectiva, la organización social en la comunidad. Este aspecto se relaciona directamente con algunos bienes protegidos por los derechos colectivos, enunciados en el artículo 57 de nuestra Constitución, tales como la identidad, patrimonio y la organización social propia del colectivo. Cuando la música acompaña los rituales se está fortaleciendo directamente la identidad cultural de los pueblos del Ecuador. Como se manifestó antes, según la Conferencia intergubernamental sobre las políticas culturales en África de 1975, la identidad cultural representa un acto de liberación, un medio de para el desarrollo de la sociedad, entre otros. Uniendo estos conceptos entonces se ve claramente que la presencia de la música en los rituales fortalece, también, el ánimo de liberación de los pueblos. Un acto de liberación que conlleva el deseo de expresar colectivamente su cultura, sus formas de convivencia, su espiritualidad, tradiciones, etc. Es por eso, que apoyamos la relación que Haberle hace sobre libertad y cultura.

“Contemplada así, la cultura es a la vez objeto de la libertad en dos planos distintos, tanto en el del individuo considerado a nivel personal, como en el del pueblo, considerado como un colectivo. La libertad coagula o cristaliza-si se me permite la metáfora-en forma de elementos o de amalgamas culturales sobre las que más tarde se podrá establecer el ejercicio de libertades individuales y colectivas.”
(Haberle, 2000, p.80)

Proteger la práctica de la música como un acto de liberación de los pueblos garantiza derechos colectivos tutelados en la Constitución. Es sumamente importante considerar que estos derechos colectivos a las expresiones culturales deben ser protegidos por el Estado Multicultural, pues promover su

olvido o no incentivar su conservación constituyen una violación a estos derechos.

Sí existiese una norma constitucional que establezca la formación musical en la educación básica del Ecuador como una responsabilidad del Estado; se protegería por obvias razones el derecho social a la educación. Derecho normado en nuestra Constitución en algunos artículos, pero especialmente en el artículo 347, ahí se estipulan las responsabilidades del Estado frente a la educación como pilar del régimen del buen vivir. Este derecho, tratado ya en el capítulo dos, es un derecho humano fundamental que promueve la libertad y autonomía personal. Tratados internacionales históricos acuerdan como deber primordial de los Estados garantizar y proteger este derecho.

Con la norma constitucional hipotética antes planteada, el Estado protegería integralmente un conjunto de derechos constitucionales; que son los que se han detallado en este subcapítulo. Los objetivos que busca el derecho social de la educación manifestados en el art 13 de PIDESC, son el pleno desarrollo de la personalidad humana y su sentido de dignidad, el fortalecimiento derecho humanos y libertades fundamentales. Con la educación musical se cumplen los objetivos del derecho social a la educación, ya que se ejercen al mismo tiempo los derechos constitucionales a la libertad de expresión, propiedad intelectual, al libre desarrollo de la personalidad y a una vida libre de violencia; así como también los derechos colectivos si fuera el caso.

3.3 Propuesta de enmienda a la Constitución para que se incluya a la educación musical a nivel constitucional.

Una vez que se ha descrito en el presente trabajo de investigación la relación de la música con el mundo jurídico y su relevancia a nivel constitucional; este subcapítulo tiene como objetivo indicar el proceso de cambio constitucional adecuado que se debe seguir para la incorporación de la formación musical en la Constitución. No es menester de este documento la creación de la norma propositiva en sí misma. Los aspectos generales que esta norma constitucional debe respetar sí serán establecidos en el análisis, así como también, el lugar

donde se recomienda la inclusión de la propuesta. De manera general, se enunciarán los efectos jurídicos positivos derivados con una supuesta inclusión de la norma.

La propuesta del artículo constitucional debe respetar el contexto de nuestro país. Su contenido debe cubrir aspectos importantes para nuestra realidad. Por ejemplo hacer hincapié, que el Estado se responsabilizará de brindar, de manera progresiva, una formación musical en la educación básica respetando los derechos colectivos establecidos en el art 57. Por ejemplo, el artículo incorporado en Suiza respeta la organización de competencias de ese país. El artículo guarda concordancia y respeta el modelo de distribución de competencias (Cantones y Confederaciones) adoptado por Suiza. Es por eso, que el supuesto artículo para Ecuador debe tomar en cuenta nuestras peculiaridades, como la plurinacionalidad, así no se restringen otros derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución. La educación musical que se brinde en los pueblos o nacionalidades, debe estar orientado a la protección de su propia expresión cultural; sólo así los derechos colectivos no se desvirtúan.

Incorporar en nuestra Constitución la formación musical en la educación básica del Ecuador, no altera la estructura fundamental de la Constitución, ni el carácter y elementos constitutivos del Estado, ni establece restricciones a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, ni modifica el procedimiento de reforma a la Constitución. El proceso para este tipo de reforma constitucional es la enmienda, ya que las características antes señaladas se ajustan a las enunciadas en el artículo 441 de la Constitución.

Se recomienda que la enmienda debe incluirse como un numeral en el art 347 de la Constitución, referente a la educación como pilar del régimen del buen vivir. Debe ser aquí, ya que en este artículo se estipula que el Estado será responsable de: mejorar permanente la calidad de la educación; erradicar el analfabetismo puro; garantizar modalidades formales y no formales de educación; entre otros. Pero, es de nuestro interés el numeral 10 de este artículo, que establece que el Estado, también, será responsable de asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la

enseñanza de una lengua ancestral. Esto nos demuestra que una norma constitucional, puede buscar el cumplimiento de un objetivo muy específico, como es la inclusión de una materia (lengua ancestral) en un currículo de estudio, que para el caso sería la música,.

No podemos olvidarnos que la Constitución del 2008 marcó un antes y un después en la aplicación del Derecho en el Ecuador. Este texto jurídico proviene de la nueva corriente constitucional denominado: Neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell, en su texto, *El neoconstitucionalismo significado y niveles de análisis*, nos dice que el neoconstitucionalismo es una corriente contemporánea del Estado Constitucional que busca explicar jurídicamente textos constitucionales que aparecen después de la Segunda Guerra Mundial. Este fenómeno ha sido fuente para la creación de algunas constituciones de países como: Portugal 1976, España 1978, Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1999 y Ecuador 2008.

Dentro de esta corriente la nueva figura del Estado garantista deja a un lado al esquema tradicional de estado legalista; innovación que garantiza el cumplimiento obligatorio de las normas consagradas en la Constitución. Normas con carácter del deber ser que favorecen al desarrollo de un modelo de organización social y política progresista.

“Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.” (Carbonell, 2010, p. 161)

Peter Haberle nos dice que la Constitución no sólo es una guía para los juristas del ordenamiento jurídico, sino que ella en sí mismo es una de las formas culturales de una sociedad que se refleja en una realidad jurídica. Creemos que las nuevas formas culturales de los pueblos deben estar recogidos por la nueva estructura, detallada, de relaciones entre el Estado y los ciudadanos planteada por Carbonell. Citamos a Haberle que sostiene:

“La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.” (Haberle, 2000, p. 35)

Para el autor los objetivos educacionales y de formación es una de las normas jurídico-constitucionales del ámbito cultural. Incluir un artículo en la Constitución que garantice la formación musical a nivel básica es un objetivo educacional que refleja claramente las esperanzas y deseos de un pueblo. Deseos y esperanzas de un pueblo o de una ciudadanía que generarían una estructura vinculante para su cumplimiento por parte del Estado si se incluyen como objetivo educacional en la Constitución.

El art 441 referente a la enmienda constitucional, también establece el proceso para que la propuesta planteada se haga efectiva. La enmienda hipotética para incorporar una responsabilidad constitucional del Estado que asegure la formación musical en la educación básica del Ecuador se puede realizar de dos maneras. La primera, la Asamblea Nacional por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de sus miembros, puede presentar el proyecto de propuesta de enmienda. El proyecto presentado se tramitará en dos debates; el segundo debate se llevará a cabo de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. El artículo propuesto se incorpora, si se consigue el respaldo de las dos terceras partes de sus miembros. La

segunda, es mediante referéndum solicitado por la Presidencia o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La incorporación del artículo planteada se realizará, si el referéndum se aprueba con al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos.

Nuevamente, tomando el ejemplo de Suiza creemos que la propuesta de enmienda puede volverse real, mediante la vía de referéndum solicitado por la ciudadanía. Las esperanzas y deseos de un pueblo, enunciados por Haberle, se pueden cristalizar si la ciudadanía toma la iniciativa de presentar proyectos normativos, derecho de participación consagrado en el artículo 61 numeral 3 de la Constitución. El referéndum solicitado por la Presidencia o el trámite directo en la Asamblea Nacional, no es el camino más viable ya que no conocemos la postura ideológica y política que los gobernantes puedan asumir.

Las aspiraciones del pueblo Suizo se volvieron reales. Ellos ejercieron sus derechos de participación; se conformó un colectivo de más de 21 asociaciones encabezadas por el ASMS (Association of Swiss Music Schools) que se encargó de hacer pública la propuesta y llevarla a cabo. Encontraron el respaldo de 100000 ciudadanos para presentar la propuesta. Presenciaron de cerca el proceso de debate en la Asamblea, y desde la discusión y votación de la propuesta en las cámaras hasta el momento de la consulta popular, se realizó una intensa campaña a cargo del colectivo. Finalmente se consiguió el objetivo. En Ecuador este es el camino a seguir, siguiendo las directrices que mandan nuestra Constitución el artículo 441.

Sí en nuestro país, se alcanza incorporar este artículo a la Constitución, se producirían los siguientes efectos principales:

- Las normas del ordenamiento jurídico inferior a nuestra Constitución y el Plan Nacional del Buen Vivir deben ajustarse a este cambio. Por ejemplo, Suiza se comprometió a promulgar una ley en 2016, que establezca los mecanismos más concretos para el verdadero cumplimiento del nuevo articulado constitucional.

- Las políticas públicas deben orientarse al cumplimiento del objetivo educacional planteado. Por ejemplo, el despacho de Cultura suizo manifestó que como objetivo inmediato se debe respaldar a los nuevos talentos. En nuestro caso, sería una medida inmediata mejorar la oferta educativa, para que nuevos y más profesores de música sean formados.
- Tomando en cuenta que el cumplimiento de esta nueva responsabilidad del Estado es de manera progresiva. La acción de protección con el paso del tiempo será el recurso viable para hacer justiciable este derecho derivado del derecho social a la educación. Con este nuevo artículo específico, se hace más claro para el juez tutelar el derecho cuando conozca una acción presentada por su vulneración. Hay que recordar que la violación de este hipotético nuevo artículo, implica una violación integral de principalmente los derechos: libertad de expresión, propiedad intelectual, al libre desarrollo de la personalidad y a una vida libre de violencia, expresión cultural.

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones

- Con la práctica de la música sí se ejercen los derechos individuales a la libertad de expresión, al libre desarrollo de la personalidad y una vida libre vida digna libre de violencia. En Ecuador cuando nuestros pueblos desarrollan sus rituales tradicionales, están en pleno ejercicio del derecho colectivo a las expresiones culturales. La música es la expresión cultural por antonomasia.
- Tocar una canción que contenga una letra que pueda ser considerada polémica o repudiable, es un manifestación del legítimo derecho a expresar libremente las ideas. Obviamente se debe respetar las limitaciones enmarcadas por la normativa nacional e internacional.
- El Himno Nacional es una canción (música) de tal relevancia que representa un signo de identificación de la sociedad con el Estado al que pertenecen. Este la principal función de la música en un Estado. Sin embargo, las organizaciones y Estados, se han prestado para contribuir con conciertos musicales en beneficio de la sociedad mundial.
- En el contenido de la Constitución y en el Plan Nacional del Buen Vivir no se encuentra un artículo o directriz, respectivamente, que exprese literalmente que el Estado se encargará de la educación musical como tal.
- Suiza refleja el desarrollo cultural que busca, al convertirse en el primer país del mundo en incorporar un artículo en la Constitución sobre la

educación musical. Los deseos y esperanzas de un pueblo se expresan en este suceso histórico.

- No es una desproporción jurídica incorporar un objetivo educacional específico en la Constitución, como la formación musical, ya que en esta norma ya existe la inclusión de una lengua ancestral al currículo de estudio, de manera progresiva. Incorpora una materia concreta al currículo es un objetivo específico de la Constitución.
- El Neoconstitucionalismo permite que las normas contengan las nuevas relaciones entre Estado y sociedad, que esta corriente constitucional pretende cubrir. El texto *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, de Peter Habermas fue fundamental para entender que el contenido de una Constitución representa, también, el desarrollo cultural de los pueblos.
- La violación de este hipotético nuevo artículo propuesto, implica una violación integral de principalmente los derechos: libertad de expresión, propiedad intelectual, al libre desarrollo de la personalidad y a una vida libre de violencia, expresión cultural.
- El proceso de cambio constitucional adecuado para llevar a cabo esta propuesta es la enmienda (art 441 Const) realizada mediante referéndum solicitada y aprobada por la Ciudadanía. Ya que, una enmienda aprobada mediante referéndum solicitada por la Presidencia, o directamente tramitada en la Asamblea puede ser muy lejana, tomando en cuenta que las posturas ideológicas de los políticos y gobernantes tienden a cambiar. Además, si la ciudadanía encabeza está propuesta, pone en sus manos la progresión de la propuesta, ya que debe seguir de cerca el proceso en la recolección de firmas y campañas si se diere el referéndum.

- La incorporación de esta propuesta, ataca las limitaciones para la justiciabilidad que el derechos social a la educación pueda tener. El juez podrá tutelar de manera más clara el derecho, ya que estaría expresamente protegido. De todas maneras, se debe tomar en cuenta el principio de consecución progresiva de los derechos.
- Sí la música ha sido de tal relevancia para varios personajes de la historia como Platón, Confucio, Dalcroze Chopin, entre otros, debe ser que ella es muy importante para la vida humana. Por eso, este trabajo de investigación trata de dar a la música el lugar privilegiado que merece en el máximo texto jurídico: la Constitución.

4.2 Recomendaciones

- Sí se lleva a cabo la propuesta planteada, se recomienda que el contenido del artículo, guarde concordancia con nuestra realidad nacional. Es decir, que fortalezca los otros derechos y garantías manifestados en las Constitución, por ejemplo en lo relacionado a los derechos colectivos.
- Se recomienda fomentar el interés del estudio del Derecho relacionado a temas como el arte, ya que el mundo del Derecho tiene la posibilidad de crear normas para que la sociedad satisfaga sus necesidades. Cabe señalar, que en la actualidad en nuestro país los artistas de trayectoria y emergentes, son un grupo que crece y tiene necesidades por precautelar.
- Se recomienda a la ciudadanía a conocer más a profundidad sus derechos de participación. Como es el caso de la iniciativa popular normativa. Con este derecho el pueblo puede cumplir sus deseos y esperanzas como se hizo en Suiza. Ahí, bajo sus propias reglamentaciones, la ciudadanía fue quién comenzó con

la propuesta y se encargó de llevar a cabo durante todo el proceso, hasta conseguir el objetivo deseado.

- Se recomienda emular las posturas positivas de Estados que persiguen un verdadero desarrollo cultural de los pueblos, respetando nuestra realidad nacional
- Se recomienda seguir más de cerca las tradiciones de nuestros pueblos y colectivos. En sus tradiciones y formas de vida se derivan muchos temas de interés para el Derecho.

REFERENCIAS

- Abramovich V. y Courtis. C (2009). La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias. En R.Ávila y C.Courits (Ed.), La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Abramovich,V. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En R.Ávila y C.Courits (Ed.), La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Acuerdo Ministerial, Ministerio de Educación 0041-14 . (2014). Recuperado el 15 de Marzo de 2014 de <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/03/ACUERDO-041-14.pdf>
- Altamirano, T. (2008). Perspectivas de transformación de la industria discográfica en el Ecuador. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador). Recuperado el 10 de Abril de 2014 de <http://repositorio.uasb.edu.ec>
- Archivo maestro de instituciones educativas, 2013-2014, Dirección Nacional de Análisis e Información Educativa
- Ávila R. (2009). Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano .En R.Ávila y C.Courits (Ed.), La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila. R (2008). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. En R. Ávila (Ed), La Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Barroso. P (1998), La Libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales (1 Ed.), Madrid, España: Fragua
- Bernal, A (2000). De la exclusión étnica a los derechos colectivos: Un análisis político del Ecuador. En A. Bernal (Compiladora), De la exclusión a la participación: Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador, Quito, Ecuador: Abya-Yala
- Bustos. R (2005). Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática. En J. García y P. Santolaya (Ed), La Europa de los Derechos”. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Carbonell M. (2009). Eficacia de la Constitución y derechos sociales : esbozo de algunos problemas. En R.Ávila y C.Courits (Ed.), La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Comisión Nacional Permanente de Conmemoraciones Cívicas, (2005). La participación de la sociedad ecuatoriana en la formación de identidad nacional, Quito Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Constitución de la UNESCO, 1945
- Constitución Federal de la Confederación Suiza . 18 de abril 1999.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-469/97, 25 de septiembre de 1997. Recuperado el 8 de Febrero de 2014 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-469-97.htm>
- Corte Constitucional. Dictamen N. 001-11-DCP-CC, 1 de septiembre 2001.
- Corte Constucional. Sentencia No. 0008-09-SAN-CC, 18 de diciembre 2009. Registro Oficial 97-S, 29 de diciembre 2009
- Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional. (1966)
- Declaración del Hombre y del Ciudadano, (1789)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948)
- Decreto histórico sin registro (1948) .Recuperado el 20 de Marzo de 2014 de www.efemerides.ec/1/nov/dl_h-htm
- Dirección Nacional de desarrollo Cultural Unidad Técnica.(1997). Planes y Programas de Estudio del Área de Cultura Estética de la Reforma Curricular de la Educación General Básica. Quito, Ecuador
- Gil, A (2005). Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, (1ed), Buenos Aires, Argentina: Ediar
- Godwin, J. (2000), Armonías del cielo y de la Tierra (Radamés Molina y César Mora, trad), Barcelona, España: : Ediciones Paidós. (Obra original publicada en 1987).

- Gómez. P, (2009), Libertad de expresión, protección y responsabilidades (1.Ed), Quito, Ecuador: CIESPAL
- Guerrero J. (2011). Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. Recuperado el 14 de Mayo de 2014 de www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad_.pdf
- Haberle, P. (2000), Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura (Emilio Mikunda, trad), Madrid, España: :Tecnos. (Obra original publicada en 1996).
- Honorio R (2009).La acción de protección frente a particulares. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador). Recuperado 20 de Mayo de 2014 de <http://repositorio.uasb.edu.ec>
- Kleymeyer, C (1994).Usos y funciones de la expresión cultural en el desarrollo de base. En Charles David Kleymeyer(Compilador), La expresión cultural y el desarrollo de base, Quito, Ecuador: Abya-Yala-Fundación Interamericana
- La Organización de las Naciones Unidas para la educación, la Ciencia y la Cultura .UNESCO (2014) Principios Fundamentales Educación, Recuperado el 21 de Mayo de 2014 de www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/right-to-education/monitoring/un-instruments/
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial 52 de 22 octubre de 2009
- Mc Carthy Draper. M (2002), La naturaleza de la música (Daniel Berlanga Ramos trad), , España: : Ediciones Paidós. (Obra original publicada en 2001).
- Mendez, R. (septiembre, 2012). 9 efectos que la música clásica produce sobre nuestro cerebro.Medciencia. Recuperado el 15 de Junio de 2014 de <http://9 efectos que la música clásica produce sobre nuestro cerebro>.
- Mullo Sandoval, J (2009), Música patrimonial del Ecuador (1. Ed.), Quito, Ecuador: Fondo Editorial Ministerio de Cultura
- Niklaus Rüegg , Octubre 2012 , Music Education as a constitutional article in Switzerland. Recuperado el 22 de Diciembre de 2013 de http://www.musicschoolunion.eu/fileadmin/downloads/events/Budapest_seminar_2012/8a__Constitutional_article_in_Switzerland.pdf

- Oficialización Himno Nacional, Congreso Nacional, Resolución R22-055 15 de Marzo 2001
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966)
- Rengifo. E, (1996), Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor (1 ed), Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Reynoso. C, (2006), Antropología de la música: de los géneros tribales a la globalización (1.Ed), Buenos Aire: Argentina: Editorial SB
- Sanfeliu, A. (2004), La música y los derechos humanos, Escola de Cultura de Pau. Recuperado el 10 de Diciembre de 2013 de <http://escolapau.uab.cat/img/programas/musica/07musica001e.pdf>
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.(2013).Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. Quito, Ecuador.
- Soziedad alkoholica (1995) , Letras de Explota Zerdo y Síndrome del Norte. Recuperado el 15 de Abril de 2014 de www.soziedadalkoholica.com
- Tribunal Constitucional Perú. Sentencia del Expediente Expediente N.º 0044-2004-AI/TC, 18 de mayo 2005. .Recuperado el 11 de Abril de 2014 de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00044-2004-AI.html>
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Madrid, España. Recurso de Casación 2402/2006. Resolución 656/2007, 17 de Julio 2007.
- Vasak, K (1982). Las dimensiones internacionales de los derechos Humanos (vol1), Barcelona, España: Seribal UNESCO
- Villaroel, L (2011). Creando Derecho: Una Guía para Comprender el Derecho de Autor” (1ed), Santiago, Chile: Corporación Innovarte- Consejo del Libro y Lectura, Unesco.
- Willems, E. (1994), El valor humano de la educación musical (María Teresa Brutocao y Nicolás Luis Fabiani, trad), Barcelona, España: Ediciones Paidós. (Obra original publicada en 1975).

