



Informe al Tribunal Constitucional sobre el Himno Nacional

BALDO KRESALJA ROSSELLÓ

Sumario: I. Breve referencia histórica. 3.1. Sobre la jurisprudencia. 3.2. El eco de un antiguo llamado llega hasta hoy. 3.3. Los derechos de autor en el constitucionalismo peruano. 3.4. La Constitución de 1860, la opinión de los constituyentes y de la Doctrina. 3.5. El Himno de Alcedo y Torre Ugarte. 3.6. La primera estrofa es apócrifa. 3.7. La Ley de Propiedad Intelectual de 1849. 3.8. La Ley N° 1801. II. Los derechos de los autores a la luz de la normativa vigente. 2.1. Reconocimiento internacional. 2.2. Reconocimiento nacional. 2.3. Derecho patrimonial y Derecho moral. III. El derecho moral a la paternidad y a la integridad de la obra no tiene plazo de caducidad. IV. La protección del derecho moral del autor. V. El daño no patrimonial. VI. La opción legislativa tiene un límite. VII. La ausencia de norma específica en 1913 no puede dar motivo para desconocer el derecho moral del autor, hoy universalmente reconocido. VIII. El derecho a la cultura y la salvaguarda del acervo cultural. IX. Digresión sobre el Himno como símbolo nacional y la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Constitucional. X. Conclusiones.

I. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

1. 1. Sobre la jurisprudencia

Ulpiano dice en el Digesto que la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la *renum notitia*, en el conocimiento de las cosas.¹

1. 2. El eco de un antiguo llamado llega hasta hoy

No se sabe con certeza cual fue el grupo humano o la sociedad en la que se dio inicio y especial importancia y consideración a los creadores, sea en el ámbito de los conocimientos técnicos o y del arte, siendo varios los tratadistas que han encontrado algunas huellas, ciertas pero parciales, en las culturas pre cristianas.

1. *Digesto*, L. I., Tit. II, 10, parr. 2.

Se afirma que el derecho intelectual existió en la esfera jurídica desde muy antiguo, pero que no fue legislado sino hasta hace relativamente poco tiempo, razón por la cual – dice Satanowsky² – es un error creer que nació con la imprenta. En la antigüedad, dada la forma como se exteriorizaba la actividad intelectual, no existía una legislación especial y los autores eran protegidos por reyes, príncipes, grandes personajes o por el Estado. Cuando en el siglo XV se inventa la imprenta, se creó la posibilidad de extender la cultura y transformar la obra impresa en objeto de comercio. Fue así que comenzó a surgir una legislación embrionaria y parcial, que primero dio importancia al impresor y después al autor. Los primeros privilegios fueron concedidos en 1470, dándoles a los impresores el monopolio de imprimir obras muy antiguas. Era una concesión revocable por el príncipe, pero que dio nacimiento paulatinamente al derecho intelectual.

Fue en el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra de 1710 donde se dio, por vez primera, reconocimiento al derecho de los autores, dándoles un periodo de exclusividad por 21 años, limitación que tuvo por objeto asegurar la difusión de las obras en interés del público y para promover la cultura. En el mismo siglo XVIII se comienza a imponer en Francia la idea que el propietario de la obra era su autor, y así fue reconocido por el Consejo de Estado francés a partir de 1761.

Pero nos interesa poner énfasis en fechas más cercanas, pues se produjeron dos acontecimientos que tuvieron impacto relevante en la independencia de los países americanos de la corona española: la independencia de los Estados Unidos y la revolución francesa. La Constitución de los EE.UU consideró la protección de las obras publicadas como un privilegio acordado para estimular la creación y favorecen el progreso de las ciencias y de las artes, siendo la primera Copyright Act de 1790³. Durante la revolución francesa, como sabemos, se buscó abolir todos los privilegios de las corporaciones y de los gremios, e instaurar un régimen en el cual tuviera atención especial la protección de la propiedad. Y es justamente cuando los debates políticos en la Revolución llegan a su apogeo que, por decreto del 24 de julio de 1793, se otorga una protección especial a los autores y creadores. El redactor de ese decreto, Le Chapelier, entonces dijo: *«la más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si se puede hablar así, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un autor»*. El legislador francés revolucionario ubicó al derecho de autor dentro de la institución romana de la propiedad. Y así se entendió en sus inicios y llegó a nuestras fronteras en los años previos a la Declaración de la Independencia en 1821.

Posteriormente han surgido varias teorías sobre la naturaleza del Derecho de Autor, que no es del caso aquí poner de relieve, y también – como veremos – un conjunto de instrumentos y tratados multilaterales y bilaterales que han desarrollado y perfeccionado grandemente ese Derecho, protegiendo al creador y a su obra, perfeccionando los mecanismos para su divulgación y conocimiento por parte de terceros y, también, defen-

2. SATANOWSKY, I. *Derecho Intelectual*, Tomo I, Buenos Aires, TEA, 1954, pp. 8 y ss.

3. SATANOWSKY, I. Op. cit., p. 13

diéndola contra injustificadas alteraciones y considerándola como patrimonio cultural común de la humanidad.

Finalmente, es preciso destacar que, desde que se tiene memoria hasta nuestros días, sigue vigente una primera forma de protección, que ha tenido variadas manifestaciones legislativas, la misma que se asienta en la convicción que la obra pertenece, desde un punto de vista personal y espiritual, a su autor. De ahí que se haya considerado siempre ilícita la usurpación sobre la paternidad de la obra.⁴

1.3. Los derechos de autor en el constitucionalismo peruano

Puede afirmarse, sin temor a errar, que desde la fundación de la república nuestros constituyentes manifestaron interés, que se fue acrecentando con el paso del tiempo, por la protección de las creaciones intelectuales, tanto en el ámbito del arte y de la cultura como de las innovaciones técnicas. De ello dan fe los textos constitucionales y las intervenciones de los constituyentes en algunas de las asambleas o congresos convocados para la discusión y formulación de nuestras constituciones⁵. Hay que recordar, sin embargo, que la primera ley en materia de invenciones es de 1869 y sobre Derechos de Autor del 3 de noviembre de 1849, cuando estaba vigente la Constitución de 1839, promulgada en Huancayo, que declara en su artículo 167 inviolable el derecho de propiedad, incluyendo entre ella, por mandato del artículo 174, a «las intelectuales».

1.4. La Constitución de 1860, la opinión de los constituyentes y de la Doctrina

La Constitución de 1860, que es la que estaba vigente cuando se promulga la Ley N° 1801 el 26 de febrero de 1913, referencia esencial para lo que se señala en este Informe, dice en su artículo 26:

«La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística; a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada»

Debe ponerse de relieve, en primer término, que este artículo diferencia la propiedad material de la intelectual, literaria o artística. En segundo lugar, que sobre esta materia se produjo un debate de gran interés en el Congreso Constituyente, interviniendo numerosos representantes, y centrándose la discusión en lo que se refiere a los derechos de los inventores e introductores de conocimientos técnicos, y no en la protección a la literaria y artística, pues en cuanto a ésta «*todo el mundo está conforme*», como lo se-

4. PLAZA P., J., «El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución», Valencia, 1997, p. 51.

5. KRESALJA, B., «Los Derechos Intelectuales en el Constitucionalismo Peruano» en *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N° 1, Lima, Palestra, 2004, pp. 15 y ss. Así lo afirma también ROMERO R., Eleodoro, en su obra *Derecho Civil. Los Derechos Reales*, Tomo I, Lima, PTCM, 1947 cuando dice: «*en todas nuestras Constituciones ha habido siempre preceptos reconociendo y amparando la propiedad intelectual*», p. 228

ñaló el constituyente Silva Santisteban. Cabe también poner de relieve que en el debate se diferenció entre los atributos morales y los beneficios económicos de los autores e inventores.

A modo de ejemplo transcribo a continuación parte de la intervención del constituyente José Antonio de Lavalle: «*Creo, señor, (dirigiéndose al Presidente) que si hay algún mayorazgo respetable, alguno que deba mantenerse siempre y mirarse como sagrado, es el que se establece sobre los productos de la inteligencia de un hombre. No hay razón alguna, para que se pretenda desconocer la herencia de la propiedad sagradísima de la inteligencia. En todos los países civilizados esta reconocida como una propiedad exclusiva, una propiedad inviolable que se puede legar a las familias para que viva con los productos de ella*».⁶

Las opiniones de la Doctrina hasta antes de la Constitución de 1920 es también digna de mención. Así, Francisco García Calderón en su obra «*Diccionario de Legislación Peruana*» considera que la cuestión de la propiedad «*se ha convertido en una cuestión social de alta importancia*» y hace referencia al carácter inviolable de la misma, bien sea en el ámbito material, intelectual, literario o artístico. Agrega que, siendo el trabajo el origen de toda propiedad, no puede ponerse en duda a la propiedad intelectual, y que debe asegurarse su goce pacífico y castigarse las falsificaciones «*porque éstas son a la propiedad intelectual, lo que los despojos a la posesión de bienes materiales*».⁷

García Calderón critica que «*leyes secundarias*» hayan limitado la propiedad intelectual a un cierto número de años, pues – dice – en los textos constitucionales se ha determinado que debe ser perpetua. Y señala a este respecto: «*para cumplir con la justicia, y para no hacer efímeras las garantías constitucionales, es necesario derogar la ley a que aludimos, y promulgar otra en que se reconozca la propiedad de los autores e inventores, del mismo modo que la de los dueños de tierras y capitales*».

Luis Felipe Villarán en su obra «*La Constitución Política comentada*», al referirse a la Constitución de 1860, señala que ésta reconoce tanto a la propiedad material como a la literaria, las que han sido declaradas inviolables y que la única limitación que contienen es la expropiación por causa de utilidad pública. Y textualmente dice: «*según el sentido literal de la carta, a la propiedad literaria corresponde el atributo de la perpetuidad*». Villarán no desconoce que en la casi totalidad de las legislaciones positivas existe una limitación temporal al derecho de la propiedad literaria y artística, en lo que a sus aspectos patrimoniales se refiere, pero cree que la ley sobre la propiedad intelectual de 1849 está en contradicción con lo dispuesto en el texto constitucional, y que si no se cree aceptable el régimen de la perpetuidad entonces debería modificarse la Constitución. Y hace una diferencia entre el derecho de autor y el derecho de los inventores, pues en este último caso considera que sí debe haber un límite temporal en el ámbito patrimonial.

6. *Diario de los Debates del Congreso*, Lima, 1860, p. 209 y 210

7. GARCÍA CALDERÓN, F., *Diccionario de la Legislación Peruana*, 2da. Edición. Tomo II, Lima – Paris, 1879, Voz Propiedad Intelectual, p. 1596

Finalmente, trata de la dificultad de llevar adelante la expropiación de los derechos en el ámbito de la propiedad literaria y artística o de los privilegios industriales bajo las reglas sobre expropiación de bienes inmuebles, que es la única alternativa que contempla el Código Civil de Enjuiciamientos entonces vigente.

Estas referencias sólo tienen por objeto poner de manifiesto que los temas vinculados a la propiedad intelectual eran de conocimiento del mundo profesional y político en fechas próximas a la puesta en vigencia de la ley 1801 y que, por tanto, los principios reguladores de la propiedad intelectual, más allá de su determinación específica en la ley de la materia, constituían un referente común generalmente aceptado y respetado. Agregar, finalmente, que la tensión que a lo largo del siglo XIX se manifestó entre los partidarios de la existencia de un derecho perpetuo del autor sobre su obra y sus detractores, es decir, los defensores de que los derechos de explotación tengan una duración limitada, se saldaría cuando las legislaciones de todos los países decidieron atribuir la «*propiedad*» de lo creado a su autor y herederos durante un cierto tiempo, pasando posteriormente la obra a dominio público⁸. Pero, como veremos, esta «*solución*» no es aplicable al derecho moral de los autores, cuyo reconocimiento generalizado se produce en el siglo XX y que tiene como característica la de ser perpetuo.

1.5. El himno de Alcedo y Torre Ugarte

Cualquiera que hayan sido las formalidades o modos que dieron lugar a la convocatoria de un concurso para que el Perú recién independiente tuviera su marcha o Himno Nacional, convocatoria que se realizó en el año 1821 por el protector general don José de San Martín, de lo que no cabe duda alguna es que la composición que resultó aceptada y ganadora fue la presentada por don Bernardo Alcedo y don José de la Torre Ugarte, en la música y letra, respectivamente. Ello dio lugar a un Decreto Supremo del 13 de abril de 1822 por el que se dispuso que se debía cantar la marcha o Himno de los autores Alcedo y Torre Ugarte. Este hecho es irrefutable y no merece cuestionamiento alguno. Por tanto, puede afirmarse que el primer Himno del Perú independiente corresponde a los autores citados. Y tampoco cabe duda alguna que, por lo menos, parte principal de tal himno o marcha nacional se canta hasta hoy como símbolo nacional. Por lo demás, así lo ordena el artículo 49 de la Constitución vigente.

1.6. La primera estrofa es apócrifa

La historia de nuestro Himno ha sido, por cierto, accidentada⁹, pues su integridad se ha visto en varias ocasiones alterada.; pero también han sido varios los intentos destinados a recuperarla. Sin perjuicio de ello, puede afirmarse con la misma contundencia que hemos utilizado en el acápite anterior, que la primera estrofa del denominado Himno Nacional, en virtud de la ley 1801 y que comienza con «*largo tiempo*», es apócrifa. Todos los testimo-

8. PLAZA, P., J., Op. cit., p. 112 y ss.

9. AGURTO C., Santiago, *Levantando la humillada cerviz*, Lima, Universidad Wiener, 2004, 400 pp.

nios así lo indican, cualquiera que sea la opinión de los que así lo afirman sobre la conveniencia o no de que permanezca como parte del Himno Nacional. Para los efectos de este informe no resulta importante conocer como fue que se originó y se introdujo como parte integrante del Himno Nacional; tampoco lo es el que pueda ser reconocida como auténtica por la mayoría de la población. Pues nada de ello impide afirmar que no formó parte del Himno Nacional que fuera presentado en el concurso convocado por el general San Martín. Así, puede afirmarse categóricamente que Alcedo y Torre Ugarte no son los autores de esa estrofa.

1.7. La Ley de Propiedad Intelectual de 1849

Esta ley, que es la primera sobre la materia en la época republicana, dispone que los autores de todo género de escritos y compositores de música gozarán por toda su vida del privilegio exclusivo de vender y distribuir sus obras y de ceder su derecho en todo o en parte (art. 1). Los herederos y cesionarios gozarán del mismo derecho, así como los propietarios legítimos de una obra póstuma por 20 y 30 años respectivamente (arts. 3 y 4). Después de ese plazo, la obra pasará al dominio público. Mientras ella estuviera protegida, la ley establecía sanciones por las infracciones que se cometieran.

El valor de la ley de 1849 es básicamente histórico, pues su contenido es elemental¹⁰. Tiempo después, en 1896, se celebraba el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que ha sufrido modificaciones y ampliaciones y que es el más importante Tratado sobre la materia, del cual el Perú es parte, y en donde se divide o, mejor dicho, se reconoce la autonomía del derecho moral y del derecho patrimonial del autor, aspectos a los que nos referiremos más adelante. A pesar de ello, el recuerdo de ésta ley de 1849 es importante para los efectos de éste Informe, pues pone de manifiesto, sin lugar a dudas, que el Estado peruano – al igual que otros muchos Estados – consideraba como materia importante y susceptible de regulación a los derechos de los autores y compositores. Por tanto, puede afirmarse, que lo que se debatirá en el Perú a partir de esa fecha, y que dará lugar a modificaciones legislativas o nuevas leyes, es el contenido y la extensión de esos derechos de autor, pero no se cuestionará su existencia.

1.8. La ley N° 1801

El artículo primero de esta ley dice a la letra lo siguiente:

«Declárense oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional, debidas respectivamente a la pluma de don José de la Torre Ugarte y a la inspiración del maestro don José Bernardo Alcedo, y adoptado como tal en 1821 por el supremo gobierno».

No puede ponerse en duda la claridad del contenido de ésta declaración hecha por el Congreso de la República, que fuera promulgada por el Presidente don Guillermo Billingurst el 26 de febrero de 1913. Observemos que, además de la declaración de oficial, se agrega la calificación de intangible sobre la letra y música, señalándose a continuación quiénes son los autores y, además, que se trata del texto adoptado en 1821 por el Gobierno del Perú.

10. Un comentario sobre la misma se encuentra en ROMERO R., E., Op. cit., p. 227 y ss.

El artículo 4 transcribe lo que considera es el coro y las estrofas correspondientes a la letra del Himno. Y es aquí donde la ley incurre en un error, pues incluye como primera estrofa una que es apócrifa, es decir, una que no pertenece a Alcedo y Torre Ugarte, sino que ha sido introducida después y cuyo autor es anónimo.

Observemos atentamente que mientras no existe la menor duda sobre la declaración contenida en el artículo primero, esto es, sobre la voluntad de que nuestro Himno Nacional sea el declarado como tal en 1821, correspondiendo la letra a Torre Ugarte y la música a Alcedo, el artículo 4 – que no tiene obviamente la misma fuerza categórica del primero – incurre en un error, quizás involuntario, pero sin duda agravante para Alcedo y Torre Ugarte, y desconocedor de la decisión adoptada en 1821. Lo que es necesario poner de relieve es que no puede ponerse en duda la voluntad del legislador cuando señaló cual era la obra que debía ser nuestro Himno, pero ello no puede impedir el legítimo derecho de indagar si el texto de la letra es el auténtico o no, si adolece de alguna sustracción o adición, pues en esta materia sí se puede haberse incurrido en error.

II. LOS DERECHOS DE LOS AUTORES A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE

2.1. Reconocimiento internacional

Este reconocimiento es especialmente importante tanto por su influencia sobre las legislaciones internas de los países, en especial los menos desarrollados, lo que se potencia con el fenómeno de la globalización, así como también por la vocación que tienen las creaciones del espíritu de trascender las fronteras nacionales, lo que puede tener singular impacto desde el punto de vista económico. A ello se suma la constatación de que los países son mayormente importadores de cultura, pues siempre y en todo país las ofertas de obras extranjeras superan a las nacionales.

El más importante de los tratados es el Convenio de Berna para la Protección de las Obras literarias y artísticas de 1886, cuya última versión fue en 1979, y es el que tiene el mayor número de países adheridos – más de 150 –. El Perú se adhirió en 1988. Los tres principios básicos de este Convenio son el trato nacional, la protección automática y el de la independencia de la protección. Como veremos, reconoce tanto el ámbito moral como patrimonial del Derecho de Autor.

Existen otros tratados y convenciones de los cuales el Perú es parte, entre ellos, la Convención Universal sobre Derecho de Autor, a la cual el Perú se adhirió en 1963; el Tratado de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual, al cual el Perú se adhirió en el 2001; sobre Derechos de Autor, y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el más importante de todos en la actualidad, al cual el Perú se adhirió como miembro de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1994.

El Perú es parte también de Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística de 1889; la Convención de Buenos Aires sobre Propiedad Literaria y Artística de 1910; revisada en La Habana en 1928; y el Acuerdo sobre Propiedad Literaria y Artística de Caracas de 1911.

2.2. Reconocimiento nacional

La Constitución de 1993 en su artículo 2, inciso 8, señala que toda persona tiene derecho «a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión».

El Código Civil reconoce expresamente, en su artículo 18, al Derecho de Autor como un derecho de la persona, y le otorga protección jurídica, calificándolo en su artículo 302, inciso 5, como bien propio del cónyuge, y declarando en su artículo 884, que «*las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial*». Clasifica en su artículo 886 como bienes muebles a «*los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, de nombres, marcas y otros similares*». De otro lado, en su artículo 2093, el mismo Código dice: «*La existencia y los alcances de los derechos reales relativos a obras intelectuales, artísticas o industriales se rigen por lo dispuesto en los tratados y leyes especiales; y si estos no fueran aplicables, por la ley de lugar donde dichos derechos se hayan registrado. La ley local establece los requisitos para el reconocimiento y ejercicio de tales derechos*¹¹».

El Código Penal en su título VII trata de los delitos contra los derechos intelectuales, y en su capítulo I los correspondientes a los derechos de autor.

En lo que se refiere a la legislación positiva especial rigen en el Perú dos normas modernas que se encuentran a la altura de la más exigente y actualizada legislación. Se trata del Decreto Legislativo N° 822 de 1996, que es la ley peruana sobre Derechos de Autor¹² y la Decisión N° 351 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) de 1993¹³, que es de superior jerarquía que la anterior.

2.3. Derecho patrimonial y Derecho moral

Comprobada la existencia de protección jurídica internacional y nacional al Derecho de Autor¹⁴ es conveniente detenernos a recordar que las creaciones intelectuales, es ello comúnmente aceptado, tienen dos tipos de derechos diferentes, que si bien no deben

-
11. Para un examen del actual C.C. en lo relativo a los derechos intelectuales *vid.* LOHMANN LUCA DE TENA, G., «Notas sobre los derechos intelectuales e industriales en el Código Civil» en *Anuario Andino de los Derechos Intelectuales*, Lima, Palestra, 2004, pag. 105 y ss. Sobre el C.C. de 1936 puede verse ROMERO R., E., *Op. cit.*, pag. 223 y ss. Resulta interesante constatar que, a pesar de la distancia entre las fechas de publicación de ambas obras y de referirse a dos Códigos Civiles distintos, ambos autores rechazan la tesis que los derechos intelectuales sean un derecho de propiedad.
 12. Para un estudio de esta ley *vid.* por todos ANTEQUERA PARILLI, R., y FERREYROS CASTAÑEDA, M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Lima, 1996
 13. Para un comentario de esta Decisión *vid.* BRACAMONTE O., G., *Derechos de Autor y Derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena. Decisión 351*", Lima, 1994
 14. Sobre el complejo tema de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor *vid.* BAYLOS, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978, pag. 385 y ss. PLAZA P., J., *Op. cit.*, pag. 100 y ss. y SATABNOWSKY, I., *Op. cit.*, pags. 35 y ss.

ser confundidos manifiestan entre sí interferencias recíprocas: el derecho moral y el derecho patrimonial. Estos dos tipos de derechos responden a la dualidad de intereses personales y económicos que contiene siempre la creación intelectual, y que el derecho tiene que atender, pues es útil y necesario que así lo haga. Como bien señala Baylos, «*ésta diversidad la acredita especialmente la circunstancia de que, desaparecido el derecho pecuniario (por haber transcurrido el plazo de la exclusiva, puede pervivir aún el derecho moral o en el autor o en sus herederos; y transmitido el derecho patrimonial, el creador sigue conservando a su favor la serie de facultades que se derivan de su derecho moral*»¹⁵. En otras palabras, el derecho moral responde a la protección de los intereses personales del autor, mientras los derechos patrimoniales responden a la protección de los intereses generados en la explotación de las obras¹⁶. Detengámonos a ver cuales son las características más reconocidas de ambos derechos.

2.3.1. Derecho patrimonial

Este fue el aspecto que, más interesó a los legisladores y tratadistas, y aún a los propios autores, durante prácticamente todo el siglo XIX e inicios del siglo XX. El ejercicio del derecho patrimonial se basa en la exigencia del autor, o su renuncia, a que su obra le sea remunerada, es decir, se configura cuando el autor decide libremente extraer la obra de su esfera personal y la publica o da a conocer a la colectividad. Surge en el acto mismo en que ejercita su facultad, exclusiva y excluyente, de disponer de su creación a título oneroso exigiendo una retribución económica.¹⁷

Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos, dice Lipszyc, como formas de utilización de la obra sean factibles, y no solo en el momento de su creación sino durante todo el tiempo en que permanezcan en el dominio privado. Las leyes suelen mencionar los distintos derechos patrimoniales, los que se corresponden con las diversas formas en que el autor puede ejercerlos, como por ejemplo, el derecho a la reproducción o a la representación.¹⁸

Los derechos patrimoniales son transferibles, temporales y trasmisibles por herencia. La finalidad de la limitación del plazo es fomentar el acceso por parte del público y en forma gratuita a las obras protegidas, debido a que los autores se nutren y toman del patrimonio cultural los elementos para realizar sus obras, por lo que es justo que éstas vayan también a integrarse, en su momento, a ese fondo común. Es por ello que en todas las legislaciones se señala un plazo de duración del derecho patrimonial, básicamente, por toda la vida del autor y un número determinado de años a partir de su muerte. La legislación actual vigente en el Perú, esto es, el Decreto Legislativo 822 en su art. 52 considera como plazo de vigencia la vida del autor y 70 años después de su fallecimiento, contán-

15. BAYLOS, H., *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Ed. Civitas, 1978, pag. 395

16. PLAZA, P., J., Op. cit., pag. 44

17. PIZARRO DÁVILA, E., *Los bienes y derechos intelectuales*, Tomo I, Lima, Ed. Arica, 1974, p. 60

18. LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, 1993, UNESCO, p. 175 y ss.

dose éste último periodo en las obras de colaboración a partir de la muerte del último coautor. En la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones el plazo después de la muerte es de 50 años.

2.3.2. Derecho moral

Las primeras legislaciones que reconocieron el Derecho de Autor limitaron su protección a los aspectos de orden patrimonial, habiendo sido la jurisprudencia francesa durante el siglo XIX «*la que se adelantó al legislador al reconocer que, sin necesidad de norma legal expresa, el autor tenía un derecho de paternidad sobre su obra y que podía oponerse a mutilaciones o deformaciones que atentaran contra su integridad*»¹⁹. En el plano internacional el Convenio de Berna de 1886, al que nos hemos antes referido, solo en 1928, con ocasión de su Revisión en Roma, incorporó el reconocimiento al derecho moral en su artículo 6 bis.²⁰

La expresión «*derecho moral*» ha sido entre varias otras – derecho personal o derecho al respeto – la que ha tenido más acogida internacional y es la que también utiliza la Decisión 351 y el Decreto Legislativo 822. Puede señalarse como característica del derecho moral su carácter absoluto, esto es, oponible a todos; su carácter perpetuo en lo que se refiere a la paternidad del autor y la integridad de su obra; su carácter inalienable, inembargable, inextinguible, irrenunciable e imprescriptible.²¹

Jessen cree que «*el derecho moral del creador intelectual es un atributo de la personalidad y radica esencialmente en la facultad de oponerse a cualesquiera deformaciones de su obra y de rechazar las agresiones que su reputación profesional sufra por acción de terceros*»²². Según este autor el derecho moral consiste en el derecho a lo inédito si, por cualquier razón, no quiere publicar la obra; el derecho a la integridad de la misma,

19. ANTEQUERA PARILLI, R. y FERREYROS C., M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Op. cit., pag. 109

20. Para conocer una visión sintética de la evolución histórica del derecho moral vid. PLAZA, P., J., Op. cit. pags. 86 y ss.

21. El *Glosario de Derecho de Autor y Derechos conexos*, Ginebra, 1980, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dice de los Derechos Morales: «*Entre estos derechos se incluye el derecho a decidir sobre la *divulgación de la *obra; el derecho a reivindicar la *paternidad de la obra (hacer que el nombre del autor y el título de la obra se citen en relación con la *utilización de la obra); el derecho a impedir la mención del nombre del autor si el autor de la obra desea permanecer *anónimo; el derecho a elegir un *seudónimo en relación con la utilización de la obra; el derecho a oponerse a toda *modificación no autorizada de la obra, a la *mutilación de ésta y a cualquier *atentado a ella; el derecho a la *retirada de la obra de la circulación pública previo abono de compensación por los daños ocasionados a toda persona que haya recibido anteriormente una *autorización válida para utilizar la obra. En la mayoría de las *legislaciones de derecho de autor se reconocen los derechos morales como parte inalienable del derecho de autor, distinta de los llamados *»derechos patrimoniales». En algunas legislaciones se estipulan derechos morales de los *artistas intérpretes o ejecutantes para protegerlos contra toda distorsión de sus *representaciones o ejecuciones, y se les concede el derecho a reivindicar la mención de su nombre en relación con su representación o ejecución».*

22. JESSEN, H., *Derechos intelectuales*, Santiago de Chile, 1970, pag. 40

pudiendo impedir que terceros la deformen, mutilen, o adulteren; el derecho a la paternidad, que es la asociación de su nombre a la ejecución o reproducción de la obra; el derecho al repudio de obra ajena, cuya creación le sea atribuida; el derecho al arrepentimiento, que le permiten modificar la obra ya publicada o incluso retirarla de circulación; y, finalmente, el derecho general a la salvaguarda de su honra y reputación como autor.

La opinión dominante en la doctrina actual es considerar al derecho moral de autor como un derecho de la personalidad, comprendido entre los que tutelan la integridad moral de la persona, como el derecho al honor o a la identidad. Los hermanos Mazeaud, refiriéndose a la legislación francesa señalan que «*la obra forma parte integrante de la personalidad del autor; es la creación de su espíritu, su pensamiento proyectado en el espacio y fijado en el tiempo*»²³. Estos mismos autores indican que, incluso cuando el autor ha cedido sus derechos patrimoniales, la obra queda unida a él concediéndole un derecho moral, que tiene como caracteres su extra patrimonialidad y que, como todo derecho de la personalidad es imprescriptible, es decir, perpetuo. Y anotan que como derecho de la personalidad debería cesar al fallecimiento de su titular, pero que no es así, pues subsiste protegiendo la memoria del difunto, sobreviviendo la personalidad intelectual a la física.

En la doctrina italiana Degni señala que «*como hay un derecho de la persona a su integridad física y a su integridad moral, hay también un derecho a su integridad ideal*»²⁴. De Cupis, por su parte, indica que se trata de un derecho de la personalidad, no innato, sino adquirido por consecuencia de la creación de la obra, que surge con la creación intelectual, y que no corresponde a cualquiera que este provisto de personalidad, sino a la persona que, además de serlo, se califique como autor.²⁵

En la doctrina española Pérez Serrano dice que el derecho moral ha obtenido consagración legislativa en defensa del honor del autor y como garantía de la integridad de su obra y que «*ese derecho se basa en supremas consideraciones de respeto a la persona y al patrimonio espiritual del autor, y también en la protección del público de buena fe contra mistificaciones inadmisibles*»²⁶. Por su parte Castan Tobeñas afirma que el derecho moral de autor «*es indudablemente un derecho de la personalidad, ya que atañe a un bien ideal inseparable de la persona*»²⁷. Este mismo autor dice que son caracteres del derecho moral el ser absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible, advirtiendo que no es un derecho innato pues presupone, como hecho constitutivo, la creación intelectual. Lacruz, por su parte, dice que «*el derecho moral, por su condición de derecho*

23. MAZEAUD, H. y J., *Lecons de Droit Civil*, I, Num. 669, Paris, 1981, citado por ESPIN C., D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991, p. 19

24. DEGNI, *La persone fisiche e i diritti della personalita*, Torino, 1939, pag. 215, citado por ESPIN, D., Op. cit., pag. 23

25. DE CUPIS, *I diritti della personalita*, Milán, 1962, pag. 586, citado por ESPIN, D., Op. cit., pag. 25

26. CASTAN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, 1952, pag. 59, citado por ESPIN, D., Op. cit., pag. 25

27. PÉREZ SERRANO, N., *El derecho moral de los autores*, 1949, pag. 27

*personalísimo, es intransmisible intervivos, pero persiste tras la muerte del autor, pues su desaparición en ese momento sería opuesta a las finalidades que motivan su concesión. Se transforma, entonces, en un derecho de la personalidad pretérita de duración indefinida en todo cuanto pueda atender a la paternidad de la obra, y dura, por consiguiente, más allá del derecho pecuniario, que precisamente caduca por su naturaleza patrimonial».*²⁸

Satanowsky señala que los derechos morales «*son los que permiten al autor crear la obra y hacerla respetar, defender su integridad en la forma y en el fondo*»²⁹; que aparece como una manifestación o prolongación de su personalidad y que tienen carácter extra-patrimonial. Dice que el fundamento se encuentra en el hecho de crear una obra, pues hace nacer entre esta y el autor un vínculo que no puede ser quebrado por ninguna convención; y que como el autor ha puesto en ella parte de su personalidad tendrá el derecho de defenderla. Agrega que como el público juzga al autor por la exteriorización de la obra, si a esta se la mutila o modifica sin autorización de su creador, el público se formara, injustamente, una opinión falsa y desfavorable de aquel.

Este mismo autor afirma que el derecho moral «*tiene un fundamento estricto y sustancialmente individualista: el autor es protegido por lo que crea y no por lo que recibe. Es en beneficio directo del autor y no de la colectividad aunque indirectamente esta es beneficiada*»³⁰. Concuerdá Satanowsky en que tiene carácter perpetuo y que para ejercerlo son indispensables tres condiciones, a saber: psicológica, porque se trata de un atentado contra la personalidad del autor; social, en el sentido que el sentimiento afectado presente carácter suficiente de generalidad y de valor social; y, material, pues es ineludible que el acto incriminado presente cierto carácter de gravedad objetiva.³¹

Reconoce como derechos morales, entre otros, el derecho a la paternidad y a la integridad de la obra, y sobre este último, señala Satanowsky que «*el autor tiene la facultad de oponerse a toda deformación, mutilación o difusión de la obra, que sea perjudicial o lesiva a su honor, fama o reputación, y a la virtud o mérito de aquella*».³²

Manuel Pachón señala que el derecho moral se caracteriza por ser perpetuo, inalienable e irrenunciable. Dice que el autor, «*al elaborar la obra y al imponerle su sello personal, tiene derecho a que en cualquier tipo de reproducción o representación de la misma se mantengan los elementos esenciales y a que ninguna persona, ya deliberadamente o por falta de comprensión, altere el contenido de la obra considerada en su integridad o en sus detalles, pues cualquier modificación, por mínima que sea, puede afectar la reputación y el honor del autor*»³³. Agrega que el perjuicio equivale a daño y que «*atentar contra la*

28. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1980, p. 354, citado por ESPIN, D., Op. cit., p. 28

29. SATANOWSKY, I., Op. cit., Tomo I, p. 509

30. Ibidem, p. 511

31. Ibidem, p. 518

32. Ibidem, p. 543

33. PACHÓN, M., M., *Manuel de Derechos de Autor*, Bogotá, Ed. Temis, 1988, pag. 54

integridad de la obra, puede afectar tanto patrimonialmente como extrapatrimonialmente al autor, pero fundamentalmente afectará su honor, su imagen, su reputación y su integridad psíquica»³⁴. Y, en consecuencia, que el autor, o sus descendientes, albaceas o el propio Estado, tienen derecho a exigir el respeto a la integridad de su obra.

Delia Lipszyc, una de las principales autoridades latinoamericanas en Derecho de Autor, señala que el derecho moral protege la personalidad del autor en relación con su obra. Y que ese derecho *«está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra – darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad –, a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación»*. Señala a continuación que estas facultades tienen contenido diferente, unas positivas como son el derecho de divulgación y el de retracto, y otras negativas o defensivas como el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho a la integridad de la obra, que los autores franceses denominan genéricamente *«derecho al respeto»*; y se califican como negativas porque se traducen – dice Lipszyc – en un derecho de impedir o en una simple abstención por parte de los demás. Según esta autora, son caracteres del derecho moral del autor el de ser esencial, no innato; extra patrimonial; inherente a la calidad de autor y absoluto porque es oponible a cualquier persona. Y de estos caracteres se deriva, según Lipszyc, que el derecho moral sea inalienable, irrenunciable, imprescriptible, insubrogable e ilimitado.

En la doctrina nacional, Eleodoro Romero dice que el autor, a pesar de que puede enajenar sus derechos patrimoniales, *«conserva sobre ella el denominado derecho moral, con el fin de que no se altere su contenido, puesto que su nombre y prestigio de autor están de por medio»³⁵*. Señala que éste derecho moral no estaba expresamente reconocido en la ley del 3 de noviembre 1849, que era la que estaba vigente cuando escribió su libro, pero que el derecho moral se encontraba reconocido en el artículo 1671 del C.C. de 1936, que se refería al contrato de edición, y que en su segundo párrafo decía: *«Independientemente de los derechos patrimoniales de autor, aún después de la cesión de estos derechos, el autor conserva el de reivindicar la paternidad de la obra, así como el de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que sea perjudicial a su honor o a su reputación. Las leyes reglamentarán las vías y recursos para salvaguardar estos derechos»*.

Edmundo Pizarro señala que del acto de creación intelectual emana el doble atributo de un derecho personal y de un derecho patrimonial. Sobre el primero dice que se trata de un derecho subjetivo privado por ser una facultad que le está en exclusiva encomendada al autor en reconocimiento de su propia personalidad, *«pues es el bien creado una emanación de ella»*. Pizarro recuerda que las primeras conferencias internacionales de fines del Siglo XIX que trataron sobre los Derechos de Autor sólo reconocieron los derechos patrimoniales, pero que la doctrina ahora dominante patrocina el derecho moral, *«derivado del derecho personal del creador intelectual cuando éste decide entregar la*

34. PACHÓN, M., M., Op. cit., pag. 55

35. ROMERO R., E., Op. cit., pag. 225

*obra a conocimiento de la colectividad*³⁶». Señala que el derecho de paternidad y el respeto a la integridad de la obra es la esencia del derecho moral y que tiene las características de ser inalienable, imprescriptible, irrenunciable y perpetuo.

Por su parte, Carlos Cuadros Villena afirma que los derechos morales son intransferibles e imprescriptibles, y que se confunden con la propia personalidad del autor. Dice «*son los derechos que lo autorizan a defender la paternidad de la obra y en nombre de ella a oponerse a su deformación o mutilación, aún por las personas que hubiesen adquirido los derechos patrimoniales. Nadie, aunque haya adquirido los derechos de autor, podrá modificar la obra sin autorización, y menos atribuirle otra autoría o suplantar al autor*».³⁷

Marisol Ferreyros nos dice³⁸ que el derecho moral es una realidad aceptada por la mayor parte de las legislaciones y que el autor, por el sólo hecho de la creación, goza de una tutela que se le reconoce sobre su obra. Y agrega que el vigente Decreto Legislativo 822 mejora la protección reconocida en la legislación anterior, al incorporar los principios reconocidos en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones y en las legislaciones de tradición latina recientemente promulgadas. Agrega que son características del derecho moral, siguiendo en ello al Artículo 21 del Decreto Legislativo 822, la de ser absoluto, perpetuo, inalienable, inembargable, inexpropiable, irrenunciable, imprescriptible, siendo el ejercicio del mismo transmisible a los herederos.

Finalmente, Guillermo Lohmann después de afirmar que la creación es íntima y dinámica, el eslabón que une la idea con la obra, reconoce que el derecho de autor es de «*ancho contenido*», por lo que puede desprenderse temporal o permanentemente de alguna de las atribuciones que integran su contenido, «*pero conserva la muda titularidad sobre la creación, que es fuente y causa de todo lo demás*»³⁹. Y en lo que concierne a los atributos morales señala que «*son permanentes y, a su vez, son inalienables; lo cual es completamente natural porque aunque pueda cederse el resultado objetivo de lo creado, no se ve como enajenar una actividad intelectual e inaprehensible que históricamente ya tuvo lugar. Existe – continúa Lohmann – una auténtica soberanía o señorío del autor respecto de su creación. Esta soberanía va anudada a la propia reputación y consideración personal que prima sobre distintos intereses*».⁴⁰

Como puede apreciarse de las citas anteriores, la doctrina internacional y nacional reconoce la existencia e importancia del derecho moral del autor, coincide en su conceptualización y en las características que lo definen, siendo entre ellas las dos más significativas, el derecho a la paternidad de la obra y a la integridad de la misma, que veremos a continuación, y que son de especial relevancia para la consulta que da lugar a este Informe.

36. PIZARRO, E., Op. cit., pag. 59

37. CUADROS V., C., *Derechos Reales*, Tomo I, Lima, 1988, pag. 93

38. FERREYROS, M., en ANTEQUERA, R., y FERREYROS, M., Op. cit., pag. 109

39. LOHMANN L. de T., G., Op. cit., pag. 111

40. LOHMANN L. de T., G., Op. cit. pag. 112 y 113

III. EL DERECHO MORAL A LA PATERNIDAD Y A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA NO TIENE PLAZO DE CADUCIDAD

El Derecho de autor por esencia es imprescriptible, es decir, que el paso del tiempo no afecta las relaciones jurídicas ni los vínculos generados entre el autor y su obra. En efecto, el derecho al reconocimiento de la autoría expresa el vínculo que une al creador con la obra creada, revela el respeto de la paternidad como algo consustancial al autor, de ahí «*su carácter personal e inseparable del acto creativo de la obra*»⁴¹. De esta manera puede afirmarse, como lo hace Lypszyc, que «*el derecho de paternidad artística es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra. Protege la íntima vinculación existente entre este y el fruto de su actividad espiritual, a la que se alude, inequívocamente, con las expresiones «paternidad» o «paternidad artística», que son comúnmente utilizadas por las legislaciones*»⁴². El Convenio de Berna consagra este derecho en su artículo 6 bis al igual que lo hace la Convención Interamericana de Washington en su artículo 11. En razón de su carácter perpetuo, el derecho a la paternidad debe ser respetado aún después de la muerte del creador. Este derecho comprende el derecho de reivindicar la condición de autor y hacer figurar el nombre o seudónimo tal como lo ha decidido el creador, y el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada.

Entre nosotros Edmundo Pizarro ratifica lo antes señalado, en lo que se refiere al derecho de la paternidad, poniendo de manifiesto que el autor al ejercerlo no reivindica la propiedad de su obra sino la paternidad de la misma, puesto que la relación jurídica que lo vincula con su creación es precisamente la de paternidad intelectual⁴³. Por su parte Ferreyros destaca la armonía que sobre esta materia existe entre el Convenio de Berna (artículo 6 bis), la Decisión 351 (artículo 11 b) y el Decreto Legislativo 822 (artículo 22 b). Señala esta autora que el derecho de paternidad se presenta bajo dos perspectivas «*desde el ángulo positivo, como facultad del autor de resolver que la obra se haga conocer con su nombre u otro signo que lo identifique; desde el negativo, que la creación se divulgue como anónima o bajo seudónimo*».⁴⁴

En lo que se refiere al derecho a la integridad de la obra este consiste en la facultad de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la misma, o también a cualquier atentado que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor. Como es fácil apreciar entre reivindicar la paternidad de la obra y exigir su respeto existe un nexo íntimo e indestructible. Señala al respecto Espin Cánovas: «*así como el nombre del autor reivindica la paternidad de su creación universal, la obra debe ser respetada en su integridad por ser un reflejo de su personalidad. El respeto a la paternidad y a la creación*

41. ESPIN, D., Op. cit., pags. 77 y 78

42. LYPZYC, D., Op. cit., pag. 165

43. PIZARRO, E., Op. cit., pag. 152

44. FERREYROS, M., en ANTEQUERA, P., R. y FERREYROS C., M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Op. cit., pag. 115

del autor son dos aspectos íntimamente ligados, pues lo creado por el autor tiene una expresión formal que lleva el sello de su personalidad»⁴⁵.

Lypszyc, por su lado, destaca que «*el derecho al respeto y a la integridad de la obra permite impedir cualquier cambio, deformación o atentado contra ella. Su fundamento se encuentra en el respeto debido a la personalidad del creador que se manifiesta en la obra y a ésta en sí misma. El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión»⁴⁶. Esta autora afirma que este derecho al respeto y a la integridad de la obra constituye, junto con el de divulgación y de reconocimiento a la paternidad, «*la columna vertebral del derecho moral*». Este derecho se encuentra también reconocido por el Convenio de Berna en el ya citado artículo 6 bis, debiendo puntualizarse que la obligación de respetar la integridad de la obra alcanza a todos aquellos que la utilicen.*

En la Doctrina nacional, Ferreyros destaca que el antecedente más lejano se encuentra en la jurisprudencia francesa, cuando en una sentencia dictada por el Tribunal Civil de Sena el 17 de agosto de 1814 reconoció la facultad del autor a invocar el respeto a la integridad de su obra, incluso después de la cesión de su derecho. Además del Convenio de Berna, este derecho se encuentra reconocido por el artículo 11 c) de la Decisión 351 y por los artículos 22 c) y 25 del Decreto Legislativo 822.⁴⁷

Como puede apreciarse de estas citas o menciones, los derechos a la paternidad y a la integridad de la obra constituyen, sin duda alguna, la columna vertebral del derecho moral y, en tal sentido, se encuentran a la fecha universalmente reconocidos, pudiendo afirmarse que su vulneración pasada, presente o futura debe ser identificada y sancionada, debiéndose proceder a reivindicar al autor o los autores y a su obra, por respeto a ellos pero también por respeto a quienes la utilizan, así como para salvaguardar el patrimonio cultural humano.

IV. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO MORAL DEL AUTOR DIFUNTO

Puede afirmarse que el Derecho de Autor es uno de los pocos derechos (conjuntamente con el nombre, voz, imagen, honor, etc.) que, en cierta manera, se fortalece y adquiere una dimensión nueva, luego de fallecido su titular.

Hemos antes señalado que, siendo el aspecto personal del derecho de autor un derecho de la personalidad que se extingue con su muerte, no es susceptible de transmisión *mortis causa*, como tampoco en vida del autor es posible su transmisión. Pero como el derecho moral es perpetuo, se impone el respeto a la autoría e integridad de la obra aún después de terminados los derechos de explotación transmisibles. Por ello, dice bien

45. ESPIN, D., Op. cit., pag. 88

46. LYPZYC, D., Op. cit. pag. 168

47. FERREYROS, M., en ANTEQUERA, P., R. y FERREYROS C., M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Op. cit. pags. 116 y 117

Diego Espin, a quien venimos siguiendo en este punto, estos principios de intransmisible facultades morales y de respeto a las mismas hacen necesaria una legitimación a favor de quien o quienes puedan velar por el derecho moral después del fallecimiento del autor.⁴⁸

Resulta obvio que las facultades morales durante la vida del autor dependen de sus decisiones personales, pero esta singularidad no tiene porque mantenerse después del fallecimiento. Y es por ello que la ley puede legitimar a determinadas personas a que actúen en su nombre, sean albaceas designados por el autor, sean sus parientes o herederos, o entidades públicas, para el ejercicio de algunas facultades morales. Resulta natural que algunas facultades personales, como la de modificar la obra o retirarla de la circulación pública, desaparezcan con la muerte y no cabe posibilidad de que sean asumidas por terceros. Pero ello no ocurre con las facultades de reivindicar la paternidad y defender la integridad de la obra, las que se conservan después de la muerte del autor, por las mismas razones que tenían para existir durante la vida de aquel. *«Más aún, la autoría y la obra, como quedó fijada, pasan a formar parte del acervo cultural de la sociedad, especialmente aquella en que desarrolló su actividad, tal vez a nivel universal. Se explica que las leyes proporcionan los medios precisos para conservar la memoria de los creadores y de sus obras»*.⁴⁹

Muchas son las legislaciones que contienen disposiciones sobre el ejercicio de algunas facultades morales después del fallecimiento del autor, entre ellas, las de Francia, Italia y España. La ley francesa, por ejemplo, después de señalar que el derecho moral es perpetuo y que puede ser cedido a terceros en virtud de disposiciones testamentarias, faculta a la intervención del Ministro de Cultura *«cuando lo exija el interés público»*. La ley española señala tres órdenes de llamamiento para ejercer la defensa e integridad de la obra después de fallecer el autor: la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad; los herederos; y si no existen personas designadas por el autor ni herederos, o se ignora su paradero *«el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural»*. Y siendo las facultades morales imprescriptibles, la ley española atribuye la legitimación para el ejercicio de la defensa post mortem de la paternidad e integridad de la obra, a las personas llamadas en el orden antes señalado, *«sin límite de tiempo»*.

Lypszyc señala a este respecto que el derecho a exigir el reconocimiento de la paternidad intelectual del autor y el respeto a la integridad de su obra, después de la muerte de aquel, corresponde a sus herederos. Pero previendo que estos no siempre estén interesados en accionar, algunas legislaciones admiten que el autor designe un ejecutor testamentario y otras legislaciones disponen un orden sucesorio especial, más amplio y autónomo, que se asienta en la presunción de que algunas personas más que otras estarán dispuestas

48. ESPIN, D., Op. cit. pag. 121 y ss.

49. ESPIN, D., Op. cit. pag. 123

a asumir esa misión plena y desinteresadamente. Agrega Lypszyc que todo ello se concreta en razón del interés de la colectividad en la salvaguardia del patrimonio cultural, pues el vínculo entre la obra y la personalidad de su creador es impercedero. La protección «*incumbe no solo a sus herederos sino a la comunidad toda, porque a ésta no le resulta indiferente que las obras se atribuyan a sus verdaderos autores o a otras personas, o que le lleguen íntegras o bien mutiladas o desnaturalizadas. El público está interesado – dice Lypszyc – en su preservación porque constituyen una parte sustancial del fondo cultural común de la humanidad*».⁵⁰

Por su parte, esta protección post mortem ya existía en el Perú en la anterior ley sobre Derecho de Autor N° 13714 de 1961, pues en su artículo 33 decía que, después de la muerte del autor, el derecho moral podía hacerse valer, sin límite de tiempo, por el cónyuge, los hijos, los demás herederos y, cuando el mérito de la obra lo exija, por medio de la asociación gremial a la que haya pertenecido el autor.

En la legislación vigente, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 11, señala que a la muerte del autor el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes y que, extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra. A ello se adiciona lo dispuesto en el Decreto Legislativo 822, según el cual extinguido el derecho patrimonial la obra ingresa al dominio público (artículo 57), esto es, al «*patrimonio cultural común*», lo que se armoniza con uno de los objetivos de la legislación de Derecho de Autor, que es «*la salvaguardia del acervo cultural*». A este respecto señala Ferreyros que en la paternidad e integridad de la obra están interesados, además de los herederos, la propia colectividad. Y es por ello que el artículo 29 del citado Decreto Legislativo faculta los herederos, al Estado y a quienes tienen interés legítimo a ejercer los derechos de paternidad e integridad⁵¹. Para Ferreyros, el tema fundamental en esta materia está en determinar «*qué personas pueden acreditar un interés legítimo sobre una obra sobre la cual no existen ya titulares de derechos patrimoniales*»⁵². Y señala, a continuación, que son todos los habitantes de la República, por las razones que veremos más adelante en el apartado VIII, cuando nos referimos al derecho a la cultura y la salvaguarda del acervo cultural.

V. EL DAÑO NO PATRIMONIAL

Creemos que en el contexto de este Informe resulta apropiado referirnos a algunas disposiciones de nuestro Código Civil, especialmente en lo que se refiere al daño moral.

Al comentar el artículo 17 del Código Civil vigente, Fernández Sessarego señala que el daño no patrimonial a la persona es aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuan-

50. LYPZYC, D., Op. cit. pag. 262 y 263

51. FERREYROS, M., en ANTEQUERA, P., R. y FERREYROS C., M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Op. cit. pag. 121

52. Op. cit. pag. 122

tificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable, y que ese bien inmaterial es aquel que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual. Uno de estos daños es el que desconoce la paternidad de una creación o que altera su integridad. Fernández Sessarego recuerda la dificultad de definir con precisión los alcances del daño no patrimonial, pero recuerda que hay dos características que lo delimitan: la calidad de bien inmaterial y la naturaleza de la consiguiente reparación. Dice este autor: *«en doctrina se ha discutido con cierta amplitud sobre la naturaleza o razón de ser de la reparación del daño no patrimonial. No cabe duda alguna que frente al daño emergente o al lucro cesante es factible evaluarlo para su cabal resarcimiento en su equivalente en dinero. Esta operación objetiva resulta impracticable tratándose del daño no patrimonial»*.⁵³

El autor que venimos citando señala que es imposible, frente al daño producido sobre un valor de la persona, obtener una cuantificación objetiva para el efecto de resarcirla mediante la entrega de su equivalente en dinero, y que por eso es impropio utilizar la expresión «resarcimiento», debiéndose adoptar el vocablo «reparación», que describe mejor la indemnización debida frente a un daño a la persona. No es que sea desechable que aquel que haya sufrido un daño reciba una cantidad de dinero que atenúe en cierta medida el agravio, pero la valorización es un problema de gran dificultad, siendo lo importante la convicción de que es importante reparar el daño, más aún cuando *«la persona, considerada en sí misma como un valor, es el bien supremo del derecho por lo que merece la más amplia, efectiva y real tutela»*⁵⁴, correspondiendo a la jurisprudencia un rol decisivo en esta materia.

Lo anterior debe apreciarse a tenor del artículo siguiente del mismo Código Civil, el artículo 18 que a la letra dice: *«los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia»*. Según Fernández Sessarego, el propósito de este artículo era *«el determinar, con toda claridad, que no sólo debería atenderse a los aspectos patrimoniales de tal derecho sino, preponderantemente, a su vertiente personal, a aquella carente de significación económica. El derecho no patrimonial del autor o del inventor a que se le reconozca como el creador de la obra de su ingenio, inteligencia, invención o arte es diferente al derecho que le asiste a disponer de dicha obra y obtener un beneficio económico por su transferencia. El primero de tales derechos, o sea el estrictamente personal, le permite exigir la intangibilidad de la obra, la misma que no podrá ser alterada o modificada sin su asentimiento. El segundo de dichos derechos lo faculta a comercializar la obra»*.⁵⁵

53. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho de las Personas*, Lima, Ed. Grijley, 2001, pag. 86

54. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Op. cit., pag. 88

55. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Op. cit., pag. 76. Cabe advertir que Lohmann no cree posible considerar los derechos de los creadores como ainentes a los derechos de la persona, pues la autoría o la invención están lejos de ser cualidades de todas las personas; se trata, dice este autor, de derechos que no tienen todos, por lo que son de sus personalidades, no de la persona. Vid. LOHMANN L. de T., G., Op. cit., pag. 115 y ss.

De Trazegnies ha reconocido que el campo de la responsabilidad extracontractual no está aún delimitado con hitos definitivos y que el daño extrapatrimonial o moral «*es una liza judicial abierta, en la que muchos estandartes serán enarbolados durante los próximos años*»⁵⁶. El debatido problema del daño moral se encuentra tratado en los artículos 1984 y 1985 del Código Civil, daño que como hemos dicho no tiene ningún contenido patrimonial, esto es, no puede medirse ni repararse en dinero, por lo que dice De Trazegnies, a quien seguimos, más que el carácter de «*reparación*» que tiene la indemnización frente al daño material, debe tener el carácter de «*satisfacción*» frente al daño moral. El debate se origina porque el sistema legal moderno esta basado en la función de reparar un daño, y el daño moral es aparentemente irreparable en dinero, pues no puede subsanarse con dinero lo que no es valorizable en dinero.

Nuestro Código Civil de 1984 incorporó por vez primera el daño a la persona por iniciativa del Dr. Carlos Fernández Sessarego, el mismo que no es, según De Trazegnies, sino una subespecie del daño moral. Según Fernández Sessarego el daño extrapatrimonial estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona, siendo éste último el que lesiona a la persona en si misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial, habiendo quedado reducido el daño moral al dolor de afección, pena, sufrimiento⁵⁷. Pero más allá de este debate, es de pacífica aceptación que dentro del llamado «*daño a la persona*» se encuentra la violación de los llamados derechos de la personalidad, entre ellos, las violaciones al Derecho de Autor, violación que puede no tener una valoración patrimonial. Entonces, se pregunta De Trazegnies ¿cómo puede indemnizarse ese daño?. Buscando, dice, una reparación inmaterial para el daño inmaterial, esto es, mediante medidas que no revisten un carácter fundamentalmente económico. En efecto, «*es posible que quien ha sufrido un atentado contra su honor, aunque no haya sufrido perjuicio económico alguno por ello, tenga interés en que ese daño se repare mediante una retractación del ofensor o mediante una aclaración pública que demuestre la falsedad del agravio*»⁵⁸, pues el agraviado tiene interés en que más allá de las consecuencias económicas, su honor quede limpio. Este tipo de reparación no ha sido contemplado en forma expresa en nuestro Código Civil, pero no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico, pues el artículo 2 inciso 7) de la Constitución establece que «*toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación, tiene derecho a rectificación*».

La indemnización, tal como está citada en el artículo 1985 del C.C., según De Trazegnies, no excluye la posibilidad de demandar una reparación de orden no económico, por lo que es necesario acudir a una jurisprudencia creativa, pues los demandantes podrían proponer y el juez admitir formas de reparación no patrimonial, «*siempre que sean verdaderas reparaciones, es decir, medios para restablecer las cosas a su*

56. DE TRAZEGNIES, F., *La Responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Lima, 1999, pag. 119

57. DE TRAZEGNIES, F., Op. cit., pag. 110

58. Ibidem pag. 114

estado anterior»⁵⁹. La sentencia debería perseguir la cesación de los actos lesivos a que se refiere el artículo 17 del C.C. cuando se trata de los derechos de la persona, o incluso evitar que estos se produzcan, que si bien no repara el daño ya hecho, al menos evita que permanezca o que se repita en el futuro, y ello siempre haciendo referencia al artículo 2 inciso 7) de la Constitución que permite lecturas que den un sentido amplio a esta norma, precisamente para defender la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

Como puede apreciarse no sólo la Constitución Política, los convenios internacionales y la legislación específica sobre Derecho de Autor pueden servir para entender el problema planteado y sus posibles soluciones, sino que la propia legislación civil nos sirve y orienta en esta materia, al introducir principios y mandatos que pueden servir para encausar las decisiones jurisprudenciales frente a problemas concretos referentes al derecho moral de los autores, cuya controversia se someta a los tribunales de justicia.

VI. LA OPCIÓN LEGISLATIVA TIENE UN LÍMITE

Nadie puede poner en duda el poder o la facultad de la representación popular en una democracia para adoptar como Himno Nacional, letra y música, a la obra que considere que se identifica más con el sentir del pueblo, con el momento en que vive dicha sociedad, teniendo también como eventuales referentes a considerar la belleza de su música y la fuerza simbólica de su letra. Desde esta perspectiva, un país en concreto puede sustituir a un Himno que fue adoptado en un momento de su historia con el que ya no se identifica plenamente.

Pero la opción legislativa en las democracias modernas tiene siempre un límite, que proviene del desarrollo jurídico de los pueblos, de las declaraciones universales sobre los derechos humanos, los mandatos jurídicos específicos que internacionalmente nos convocan en el ámbito de los autores, bajo la primacía indiscutida de la dignidad de la persona humana. Puede afirmarse entonces que la opción legislativa no puede transgredir lo que es el contenido esencial de dichas declaraciones universales como tampoco puede hacerlo con el contenido de la Carta Política.

Por tanto, si en un momento dado, en este caso 1913, se dictó una norma que – probablemente por involuntario error – altera sin lugar a dudas la verdad histórica de un hecho, y ello por añadidura afecta a quienes son autores de una obra de singular relieve, como es un Himno Nacional, entonces esa norma debe ser modificada, sustituida, o declarada nula y sin efecto en la parte correspondiente. Planteada la contienda frente al Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Carta Política, no puede éste obviar de pronunciarse sobre el fondo del asunto, más aún teniendo presente el propósito pedagógico de su jurisprudencia, entendido como encausador de voluntades para la construcción de una república democrática en el que el respeto a la dignidad de la persona humana es el valor superior.

59. Ibidem, pag. 118

VII. LA AUSENCIA DE NORMA ESPECÍFICA EN 1913 NO PUEDE DAR MOTIVO PARA DESCONOCER EL DERECHO MORAL DEL AUTOR, HOY UNIVERSALMENTE RECONOCIDO

Frente a un problema relacionado con el derecho moral de uno o más autores, derecho que la Doctrina y la legislación comparada y nacional aceptan que es perpetuo, no es mandatario ni esencial que los tribunales de justicia se avoquen a la tarea de saber si, en el momento de la creación, existía norma específica que contemplara las posibles soluciones a problemas que se presentarían muchas décadas después en el ámbito del derecho moral. Y ello es así por una razón de tipo material, que es aquella que nos dice que a esa fecha, año 1821, cuando Alcedo y Ugarte obtuvieron del Estado Peruano el favor de considerarlos ganadores de un concurso para que la joven república tenga un Himno, no existía a nivel internacional ni local normas que se refirieran a lo que se denomina hoy en día el derecho moral de los autores.

Lo que a esa fecha existía, ya lo hemos visto, era un reconocimiento y consideración especial por los creadores y sus obras, reclamo que venía de antiguo, y algunas legislaciones algo elementales, que sin duda han constituido el cimiento sobre el que se edificarían después las modernas legislaciones, influidos por la larga, y en ocasiones sangrienta, lucha por el reconocimiento pleno de los derechos humanos. Nada de lo dicho y hecho jurídicamente después de 1821 puede servir para desconocer o desvirtuar la protección a los creadores; todo lo contrario, representa un continuo perfeccionamiento normativo que va a la par con la protección de los derechos de la persona y la defensa del patrimonio cultural común de la humanidad.

En efecto, desde el nacimiento de la república a la fecha, se ha producido en los ámbitos internacional y nacional un extraordinario desarrollo, filosófico y jurídico, vinculado a la consagración constitucional, a la protección y defensa de los derechos humanos, que no puede dejarse de lado alegando que cuando se realizó la creación no existía norma específica que planteara la solución a un problema futuro, aunque cabe recordar que ya existía, cuando se promulga la ley 1801, un embrionario desarrollo jurisprudencial y un debate internacional sobre el carácter perpetuo del derecho moral de los autores.

Se presenta, además una razón de jerarquía normativa que no puede obviarse. En efecto, el problema ha sido planteado el día de hoy frente a un Tribunal que tiene por misión interpretar la Carta Política de 1993, la que en su artículo I dice que *«la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»*. No cabe duda que nos encontramos frente a una situación que tiene que hacer con la dignidad de dos personas, de dos autores, cuya obra – verdad histórica – no ha sido respetada en su integridad por la ley, y sobre una materia sobre la que pueden accionar muchos, tal como lo acepta la legislación vigente, pues a todos los peruanos interesa que se de satisfacción y corrección a un error aberrante.

VIII. EL DERECHO A LA CULTURA Y LA SALVAGUARDA DEL ACERVO CULTURAL

La llamada libertad de la cultura comprende las libertades de creación (literaria, artística, científica y técnica), comunicación (libre transmisión, enseñanza y cátedra),

emprendimiento y desarrollo de la personalidad. La libertad de creación comprende tanto la innovación cultural, la creación propiamente dicha y los Derechos de Autor, que de esta manera se conectan de manera múltiple con las disposiciones constitucionales. Por su parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad está implícito en el propio concepto de democracia, en la base de un sistema de relaciones entre el Estado y los individuos que se asienta en la exigencia de respeto a la dignidad de la persona. De ahí que resulta imponible al legislador la creación de las condiciones necesarias para que ese mandato adquiriera eficacia real.⁶⁰

Dice Jesús Prieto que el principio personalista al que nos hemos referido antes, y que por lo demás está consagrado en el artículo primero de nuestra Constitución política, es «*un principio basililar que soporta la tabla constitucional entera de los derechos fundamentales y las libertades públicas*»⁶¹. Y agrega que «*frente al sentido nivelador e indiferenciador de la noción de individuo como unidad abstracta de la especie humana, persona y personalidad aportan a esa noción el relieve de la unicidad, de la diferencia*»⁶². El concepto de personalidad afirma la idea de que cada individuo ha de poder desarrollarse por sí mismo, en su singularidad, afirmando su preeminencia sobre el Estado. Y la idea de dignidad otorga, por su parte, un valor superior, excelso, no ya a los individuos sino a las diferentes personas, «*resultantes de ese autodesenvolvimiento de las facultades de los seres humanos. De ahí, que en el Derecho no se afirma solo el derecho a la personalidad sino el derecho al desarrollo libre de esta*»⁶³. La implicación entre el desarrollo de la persona y la cultura está recogida en el artículo 13 de nuestra Constitución, cuando señala que «*la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana*», siendo como sabemos la educación la institución más importante de transmisión de la cultura, «*substrato de la libertad y condición sine que non para el libre desarrollo de la personalidad*»⁶⁴. Vemos así como la arquitectura constitucional está encaminada a legitimar la protección de los creadores, cualquiera que sea su campo de acción, y con mayor razón a la integridad de la obra de quienes, como Alcedo y Torre Ugarte, son los autores de nuestro Himno patrio.

Por su parte, Ricardo Antequera nos recuerda⁶⁵ como Declaraciones Internacionales tan significativas como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce en su artículo XIII el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad y a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan. Y como, en el mismo año, la Declaración Universal de Derechos Humanos, contiene en su artículo 27, reconocimiento similar. No puede soslayarse el trascendente valor moral de ambas declaracio-

60. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid, 1995, p. 248

61. Ibid.

62. PRIETO DE PRADO, J., Op. cit., pag. 249

63. Ibid.

64. PRIETO DE PRADO, J., Op. cit., pag. 250

65. ANTEQUERA PARILLI, R., «El derecho de autor y el derecho a la cultura» en *III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales*, Lima, 1988, pags. 21 y ss.

nes y el compromiso para los Estados de respetar los derechos humanos, siendo ambas algo más que una simple recomendación. De otro, la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró en su Resolución 32/130 de 1977 que «a) todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e independientes; debe prestarse igual atención y consideración urgente a la implantación, promoción y protección de todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales; b) la plena consecución de los derechos civiles y políticos es imposible sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; la consecución de un progreso duradero en la implantación de los derechos humanos depende de una política nacional e internacional de desarrollo económico y social, sólida y efectiva ...»⁶⁶. Todo lo cual nos confirma la indivisibilidad de los derechos humanos, dejando de lado toda jerarquización, pues el desarrollo de la personalidad del ser humano se logra con el respeto de todos sus derechos, y a la obligación de los Estados a consagrar y desarrollar tales derechos en sus respectivas legislaciones, así como contemplar mecanismos procesales para hacerlos efectivos. No otra cosa tiene implícito el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución Política, sobre la creación intelectual, artística, técnica y científica, así como el acceso y difusión cultural. Así, pues, el derecho a la cultura supone la existencia de una producción cultural y esta de autores; éstos últimos, además, aprovechan del derecho de acceder a la cultura pues no hay creación que proceda de la nada.

El no respeto a la integridad de una obra significa, entonces, un ataque sin fundamento al derecho a la cultura, pues toda versión modificada o alterada de una obra sin autorización de su autor, desvirtúa sin remedio el valor cultural encarnado en la creación protegida. Es, pues, conveniente insistir en el hecho siguiente: la perpetuidad del derecho moral no tiene por objeto eternizar un derecho subjetivo, por respetable que sea, en sucesivos herederos, sino por razones de interés general, de modo que extinguidos los derechos patrimoniales por el transcurso del tiempo, «*las facultades morales son ejercidas por los órganos o instituciones definidos legislativamente, en nombre de la colectividad y en defensa del patrimonio científico, literario y artístico, evitando el plagio y las deformaciones a la obra, en perjuicio del propio acervo cultural de la comunidad*».⁶⁷ Finalmente, el derecho moral así reconocido no será un obstáculo sino un incentivo para el desarrollo cultural de individuos y de pueblos, porque los creadores tendrán la garantía de poder alcanzar fama y prestigio, estandartes perseguidos desde siempre por ellos.

Tomando en cuenta lo ya dicho, no es del caso extendernos aquí sobre los derechos de la persona a la libertad de creación intelectual y artística, ni al mandato que obliga al Estado, por el artículo 2.8 de la Constitución Política, a propiciar el acceso a la cultura y fomentar su desarrollo y difusión, así como tampoco al derecho de los ciudadanos a participar en la vida cultural de la nación (artículo 2.17) y a su identidad étnica y cultural (artículo 2.19). Tampoco sobre el artículo 21 de la Constitución que indica cual es el patrimonio cultural de la nación, pues sin duda cae dentro de él el Himno patrio, que está

66. ANTEQUERA, P., R., Op. cit., pag. 23

67. Op. cit., pag. 30

protegido por el Estado y que constituye por mandato del artículo 49 un símbolo de la Patria. Lo que nos interesa resaltar es algo más específico, que se encuentra en el artículo 1 del Decreto Legislativo 822, el mismo que señala que sus disposiciones tienen por objeto la protección de los autores y la salvaguarda del acervo cultural, entendido este no sólo como nacional sino también como el perteneciente a todos los pueblos. *Acervo* es según el Diccionario de la Lengua Española el «conjunto de bienes morales o culturales acumulados por tradición o herencia», razón por la cual no puede dejar de incluirse dentro de él al Himno nacional de Alcedo y Torre Ugarte, símbolo de la Patria.

Antequera dice que esta salvaguarda del artículo 1 de la Ley de Derechos de Autor es lo que justifica la perpetuidad del derecho moral consignado en el artículo 21 de la misma norma, especialmente para exigir el respeto a la paternidad del autor y a la integridad de su obra, aún cuando se encuentre en el dominio público, que es al que se refiere el artículo 29 de esa Ley⁶⁸. Y según Ferreyros es justamente «*la salvaguardia del acervo cultural*» lo que justifica que no sólo los herederos o los albaceas sean los interesados en ejercer la defensa de los derechos de paternidad e integridad, sino también el Estado y la colectividad toda. Y señala: «*en efecto, en la integridad del patrimonio cultural común y en el conocimiento que se tenga de su verdadera paternidad están interesados todos los habitantes de la República, ya que el derecho constitucional a la cultura, a su desarrollo y a su difusión, implica que se respeten los valores transmitidos a través de esos bienes culturales, y ello incide en el derecho a la educación, como medio para la formación profesional y la divulgación cultural. Tratándose, entonces, de un interés tanto individual como colectivo, cualquier persona puede justificar su legitimación para solicitar del Estado la protección y el respeto a las obras que pertenecen o ingresan al patrimonio cultural común*».⁶⁹

El uso libre que todos hacemos de aquellas obras científicas, literarias o artísticas que han caído ya en el dominio público, al haberse vencido el plazo de protección al derecho patrimonial, es decir, sin necesidad de autorización ni pago de remuneración alguna, puede hacerse siempre que se respeten los derechos morales de paternidad del autor e integridad de la obra⁷⁰. Lo que hacemos los peruanos con frecuencia es justamente hacer un uso libre del símbolo patrio que es el Himno Nacional, pero ese uso libre no puede hacerse sin respetar a quienes fueron sus autores y a su integridad.

IX. DISGRESIÓN SOBRE EL VALOR DEL HIMNO COMO SÍMBOLO NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 49 de la Constitución dice que el Himno Nacional, establecido por ley, es símbolo de la patria, esto es, imagen, divisa o emblema con el que se representa a la

68. ANTEQUERA, R., *en* ANTEQUERA P., R., y FERREYROS, C., M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Lima, 1996, Op. cit., pag. 60

69. FERREYROS, M., *en* ANTEQUERA P., R., y FERREYROS, C., M., *El nuevo derecho de autor en el Perú*, Lima, 1996, Op. cit., pag. 122

70. Op. cit., pag. 188

nación. De otro lado, de conformidad a su Ley Orgánica N° 26435 el Tribunal Constitucional es el órgano encargado del control de la constitucionalidad, esto es, tiene que ver con la manera como entendemos la Constitución en tanto sistema normativo, siendo la interpretación de ésta la que estudia en que medida la ley o normas de menor jerarquía se adecuan o armonizan con la Constitución.

El propio Tribunal en su sentencia del 10 de diciembre del 2003, expediente N° 014-2003-AI/TC, ha señalado que la Constitución es una norma jurídico-política sui-generis, y que dicha peculiaridad dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, del significado que tiene y de la función que está llamada a cumplir. Como norma política *«es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira alcanzar como grupo colectivo»*. Como norma jurídica expresa la autorepresentación cultural del pueblo peruano y sus aspiraciones como nación, asumiendo la representación del pueblo políticamente soberano, y pasando de esta forma a convertirse en la norma jurídicamente suprema. Por tanto, dice el Tribunal, *«termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella»*. De lo anterior se colige que cualquier producción normativa, así como los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ha dicho el Tribunal: *«la infidelidad constitucional.... acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto»*.

La Constitución contiene, señala García Toma, *«un proyecto de vida comunitaria que se debe asegurar en su proclamación y goce, teniendo los derechos fundamentales de la persona.... particular importancia»*⁷¹. En este sentido, Landa afirma que *«la tarea del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, también tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales, como el parámetro básico de la labor jurídico político concreta de la justicia constitucional»*.⁷²

En casos excepcionales, dice Landa, el Tribunal Constitucional debe desarrollar interpretaciones creativas valiéndose directamente de los principios constitucionales, pues de este modo un poder político democrático se legitima jurídica y socialmente. De otro lado, afirma que *«el sentimiento constitucional de la población, las condiciones socio económicas de bienestar y el ambiente cultural de valores, constituyen también requisitos para asentar la legitimidad de la jurisdicción constitucional»*.⁷³

El Tribunal Constitucional ha señalado de forma inequívoca que el principio de dignidad de la persona humana es el más importante dentro del sistema jurídico, *«presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales»*⁷⁴. Consecuentemente con esta afirmación los derechos fundamentales deberán aplicarse en favor de desarrollar esa dig-

71. GARCÍA TOMA, V., «Consideraciones en torno a la jurisdicción constitucional», en *Advocatus*, Lima, N° 9, 2003, pag. 425

72. LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, 1999, pag. 154

73. Op., Cit., pag. 242

74. Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre del 2003, exp. N° 008-2003-AI-TC

nidad, que no puede verse disminuida, y la defensa de las personas. El Tribunal también ha afirmado: «*la dignidad, así, constituye un minimun inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover*». ⁷⁵

El caso que motiva este Informe podrá ser motivo de sentencia interpretativa, aditiva, sustitutiva o exhortativa ⁷⁶ pero cualquiera que sea la que finalmente determine el Tribunal Constitucional, responderá a lo que ha venido siendo durante los últimos años una constante en su jurisprudencia, esto es, la protección y la defensa de la dignidad de la persona y de los derechos humanos. Y no cabe duda que la creación artística, y más aún nuestro Himno nacional, constituye una expresión de sus autores, que merecen el reconocimiento de la paternidad de la obra y el respeto de su integridad, expresiones inequívocas del derecho humano. Por tanto, la práctica jurisprudencial contemporánea de nuestro Tribunal representa una garantía de la personalidad creativa de Bernardo Alcedo y José de la Torre Ugarte, garantía no buscada ni perseguida por ellos, pero que el Estado de la nación que cantan les brinda generosa y solemnemente, con asiento en su Carta fundamental. Pues el símbolo, la imagen, divisa o emblema que nos representa debe estar limpio e incólume de agregados bastardos y anónimos.

X. CONCLUSIONES

1. Las constituciones republicanas han incorporado en sus textos disposiciones concernientes a la protección de los derechos de los creadores, lo que confirma el interés en el tema y su presencia normativa.
2. La convocatoria a un concurso para que el Perú tuviera su marcha o Himno Nacional, que se realizó por el protector general don José de San Martín en 1821, tuvo como ganadores a don Bernardo Alcedo y a don José de la Torre Ugarte.
3. La ley 1801 de 1913, después de declarar oficial e intangible la letra y la música del Himno Nacional debido a los autores mencionados en la conclusión anterior, se equivoca al reproducir el texto del Himno Nacional adoptado en 1821, e introduce una primera estrofa que resulta apócrifa. Todas las investigaciones conocidas así lo confirman.
4. El derecho de los autores se ha venido expandiendo y perfeccionando desde sus primeras manifestaciones legislativas hace ya algo más de 200 años. Ello ha dado lugar a un reconocimiento internacional que se refleja en varios tratados de singular importancia, así como también en las constituciones y leyes especiales que rigen en el Perú.
5. El derecho de los autores tienen tanto un contenido patrimonial como moral. Es pacífico el reconocimiento, que tiene manifestación legislativa expresa, en el sentido que el derecho moral tiene carácter inalienable, irrenunciable y perpetuo.

75. Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero del 2003, exp. N° 0010-2002-AI-TC

76. RUBIO CORREA, M., *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, 2005, p. 399 y ss.

Sus manifestaciones más características son el derecho a la paternidad de la obra y a su integridad. Este derecho moral es el que hace posible la creación de la obra, así como su respeto, defensa e integridad.

6. Existe reconocimiento y aceptación normativa internacional y nacional que permite a terceros, sean herederos, albaceas, organizaciones diversas y al propio Estado, la defensa del derecho moral del autor difunto. Y ello es así porque la preservación de la obra constituye parte del fondo cultural común de la humanidad.
7. El no respeto a la integridad de una obra, que es lo que ha ocurrido con el artículo 4 de la ley 1801 en perjuicio de don Bernardo Alcedo y don José de la Torre Ugarte, significa un ataque al derecho a la cultura, pues toda versión modificada o alterada de una obra sin autorización de sus autores desvirtúa sin remedio el valor cultural encarnado en la creación protegida, más aún si se trata del Himno Nacional, símbolo de la patria de conformidad al artículo 49 de la Constitución Política.
8. El daño no patrimonial o daño moral puede ser reparado o satisfecho mediante una jurisprudencia creativa que restablezca las cosas a su estado anterior y que persiga la cesación de actos lesivos a los derechos de la persona, que es lo que ocurre cuando no se respeta la integridad de una obra protegida por el Derecho de Autor.
9. El Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de la constitucionalidad, ha señalado en forma inequívoca que el principio de dignidad a la persona humana es el más importante dentro del sistema jurídico peruano. En tal sentido, resulta incuestionable que el reconocimiento de la paternidad de la obra de un autor y el respeto de su integridad son expresión concreta de un derecho humano y una manifestación de su dignidad.
10. El Tribunal Constitucional puede legalmente, y debe histórica y culturalmente, ordenar que se restituya en su integridad la obra debida a la letra de don José de la Torre Ugarte y la música de don Bernardo Alcedo que lograran ganar el concurso convocado por don José de San Martín en 1821 y que el artículo 1 de la ley 1801 declara, correctamente, como oficial e intangible.