



El Himno Nacional. Cuando el colectivo levanta la cerviz

COMENTARIOS DE MARYSOL FERREYROS¹

Al leer la Sentencia del 18 de mayo de 2005 dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, a raíz de la demanda presentada por el congresista Yonhy Lescano Ancieta en representación de 34 congresistas contra el Congreso de la República, solicitando se declare la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 1801 – Ley que declara oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional- un análisis más profundo del ya realizado por el Colegio-ado en cuestión, desde el punto de vista del Derecho de Autor, nos lleva no sólo a hacer un estudio sobre las figuras que se presentan en este caso sino a realizar un viaje en el tiempo.

Nuestra conclusión final es que el Tribunal Constitucional sentenció correctamente utilizando un argumento adecuado, pero no por las razones adecuadas, sino por una suerte de no tener más argumentos ni mejores herramientas que las que tuvo a la mano y que -esta vez- le permitieron «dar en el clavo» de manera correcta.

Un análisis desde la perspectiva del Derecho de Autor pretende enriquecer la posición de los juristas y dar una perspectiva mucho más fuerte y, acaso, más creativa; que a la vez permita entender las figuras legales que se presentaron y cómo ha evolucionado la protección de las obras desde ese momento (1821) hasta nuestros días.

Una Visión Panorámica

Empecemos por señalar que el Derecho de Autor protege la creatividad humana. Esta creatividad -que siempre estuvo presente- es un don natural del ser humano y algunos sostienen que es lo que nos hace a imagen y semejanza de nuestro Creador. Pero, a pesar de que la creatividad existe con la aparición del hombre y a pesar de que se conocen desde Grecia y Roma casos de repudio y condena al plagio y a la reproducción indebida; las leyes de Derecho de Autor, tal como las conocemos ahora, tienen un poco más de cien años.

Claro que, como excepciones que confirman la regla, conocemos algunas obras como «Las Lamentaciones» de Ipovour (2490 AC), o el «Discóbolo» de Mirón también de antes de esta era, u obras de la Edad Media o el Renacimiento que fueron firmadas por sus auto-

1. Agradezco la colaboración de Renato Mego Morante, en este viaje en el tiempo.

res, pero repito, fueron las excepciones que confirmaron la regla general de que la creación y la creatividad quedaban sometidas al poder absoluto político y religioso de la época.

La Revolución Francesa abrió el camino al futuro reconocimiento a los Derechos de Autor cuando en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señaló que: *«la libre comunicación de sus pensamientos y de sus opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; así pues, todo ciudadano, puede hablar, escribir, imprimir libremente y debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley»*; y en 1791 se aprobó la Ley en la cual Monsieur Le Chapelier decretó en la exposición de motivos que: *«la más sagrada, la más legítima, la más inatacable, la más personal de todas las propiedades, es la obra, fruto del pensamiento de un escritor.»*

El gran paso se dio en este momento: se abolieron los privilegios y se abrió el camino al Derecho de Autor. Este Derecho, que actualmente protege a las creaciones del intelecto en el dominio literario o artístico con características de originalidad, permite su divulgación, es decir de hacerlas accesibles al público; o reproducidas, o sea fijadas en medios que permitan su reproducción, almacenamiento u obtención de copias, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse.

La protección que brinda el Derecho de Autor no necesita de ningún requisito ni trámite pues por el sólo hecho de la creación nace la tutela que brinda la ley y se extiende más allá de la muerte del autor.

La naturaleza jurídica de este derecho se ubicó, dependiendo del momento, dentro del marco de los derechos reales o de los derechos personales, según las cualidades que más se quiso destacar, hasta que se consideró que el Derecho de Autor pertenece a una cuarta categoría de derechos, que son los Derechos Intelectuales, ya que gozan de un doble contenido que son como dos caras de una misma moneda.

Así nos encontramos por un lado a los derechos morales, que atañen directamente a la persona y a la personalidad del autor y que tienen como características el de ser absolutos pues son oponibles a todos, incluso a los propietarios del soporte material en el cual la obra está incorporada; son perpetuos, al menos en lo que se refiere a la paternidad del autor y a la integridad de la obra; son inalienables pues el autor no puede desprenderse de ellos mediante cesión o transmisión, por lo tanto, son irrenunciables; son inembargables pues no tienen un contenido patrimonial; y, finalmente son imprescriptibles.

Por el otro lado, de la moneda nos encontramos a los derechos patrimoniales por los que el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento y obtener beneficios por ello. Este derecho tiene un tiempo de duración que actualmente es en nuestro país toda la vida del autor y setenta años después de su muerte. Pasado este plazo la obra pasa al dominio público y puede ser explotada sin autorización del autor o titular pero respetando siempre su integridad y la paternidad de quienes la crearon. Pero mientras esté en dominio privado la obra sólo puede ser usada si es que se tiene la autorización expresa y previa de su autor o del titular de los derechos patrimoniales.

Un poco de imaginación

En 1821, cuando se creó el actual Himno Nacional, la protección relativa a los derechos de autor no era tan sofisticada como la conocemos ahora, ni existía en norma positiva, aunque la Constitución de 1823 se pronunciaba ya por la inviolabilidad de las propiedades intelectuales. Esta situación nos da la licencia de analizar dos supuestos que pudieron darse en el tiempo y que nos permitirán entender los derechos y prerrogativas que tenían los autores en ese momento:

a) Consulta formulada por los autores antes de la vigencia de la Ley N° 1801.-

Los autores se presentan a un estudio de abogados y formulan la siguiente consulta: Que en 1821 ganaron la convocatoria para la composición y adopción del Himno Nacional del Perú el cual se dispuso sea cantado por Decreto Supremo del 13 de abril de 1822. Sin embargo, se han percatado que un grupo considerable de ciudadanos – tengamos presente este hecho - viene interpretando una obra cuya letra no corresponde a lo dispuesto en dicho Decreto y en consecuencia a su autoría. Consultan los autores si dicha circunstancia es atentatoria de sus derechos como creadores de una obra.

Aún cuando la consulta fuere formulada con posterioridad al 3 de noviembre de 1849, fecha de la publicación de la Ley de Propiedad Intelectual - primera Ley de Derecho de Autor peruana – no existía una norma expresa que amparara lo que hoy en día se conocen como los derechos morales de integridad y paternidad. Es verdad, eventualmente podríamos pensar en una interpretación extensiva de la Constitución, que reconoce la inviolabilidad de las propiedades intelectuales, pero analizando este precepto sistemáticamente con las disposiciones de la Ley de 1849 podría concluirse que lo que realmente es inviolable es el derecho que hoy conocemos como patrimonial, el mismo que había sido cedido al Estado.

b) Consulta formulada después de la promulgación de la Ley N° 1801.-

Imaginemos que José de la Torre Ugarte, vivía a la promulgación de la Ley N° 1081, en 1913, y formula la consulta en el sentido expuesto en el punto anterior.

La respuesta se daría en el mismo sentido, ya que las normas que protegían a los autores eran las mismas; pero con la salvedad de que la Ley N° 1801 habría incorporado el sentir de un sector importante de la población cuyo número – lógicamente- era mucho mayor al del momento en que empezó a producirse esta modificación en la obra original. Téngase presente esta circunstancia.

c) Consulta formulada en la actualidad.-

Una primera gran diferencia que nos permite dar una solución efectiva a la consulta la constituye la incorporación en el texto positivo de los derechos morales. El desarrollo jurídico, especialmente en materia de Derechos de Autor, ha permitido plasmar en una norma un carácter inseparable de la personalidad humana, cual es la expresión creativa como manifestación de la personalidad de su autor.

El hecho de que la Ley N° 1801 haya eliminado parte de la obra original y que a su vez haya incorporado una estrofa de autor anónimo, hablando claro, es una violación flagrante al derecho moral de integridad de la obra porque la adición, supresión o cualquier tipo de modificación de la obra importa un atentado contra la expresión de la personalidad de su creador. En ese mismo sentido, el hecho de atribuir a José de la Torre Ugarte la autoría de una estrofa no creada por él es también un ataque al derecho de paternidad, pues se le está imputando la creación de una obra que no es de su inspiración y que por tanto no representa una expresión de su personalidad.

Si detuviéramos el análisis en este punto la conclusión sería que la resolución del TC habría carecido de todo sustento, porque si se está concluyendo que está acreditada la violación de los derechos de Don José de la Torre Ugarte, mal pudo el Colegiado haber mantenido la estrofa de autor anónimo dentro del texto del Himno Nacional.

Una solución práctica pero incompleta

Es cierto que – concordando con Sagües- el Juzgador al emitir su dictamen debe tener en cuenta las implicancias sociales y o económicas de su resolución dentro de la sociedad. Es cierto también que han habido varios intentos de imponer la estrofa del Himno Nacional que debía cantarse y que ninguno de estos intentos normativos ha surtido efecto, pues la estrofa de autor anónimo se ha mantenido firme en el colectivo nacional.

Suponemos que el Colegiado se percató de esta circunstancia y optó por una solución ecléctica: reincorporar la estrofa suprimida por la Ley N° 1801 y mantener la estrofa de autor anónimo ordenando que se indique que no corresponde a la pluma de José de la Torre Ugarte. Si bien esta solución importa una vulneración contra el derecho de integridad del autor, hay un concepto que no ha sido recogido por el Colegiado pero que revisite tanta protección como las creaciones artísticas individuales...

La fuerza de las expresiones del colectivo

Hemos resaltado en este análisis - en más de una vez - una situación de hecho irrefutable: la expresión popular. Es esta expresión popular la que en grupos no determinados de peruanos fue incorporando, en algún momento, la primera estrofa de autor anónimo, probablemente con la llegada de la expedición libertadora y, en consecuencia, anterior a la creación del Himno Nacional. Esta expresión popular fue calando en grupos cada vez mayores de peruanos, los cuales se incrementaron con el correr del tiempo e hicieron suya esta expresión identificándola como su canción nacional. Las características de esta manifestación no son otra cosa que lo que hoy conocemos como:

Las expresiones del folklore

«El folklore es una creación que emana de un grupo, y está fundada sobre la tradición, expresada por un grupo o por individuos que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otra manera. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los jue-

gos, la mitología, los ritos, las costumbres, el artesanado, la arquitectura y otras manifestaciones.»²

Estas expresiones del folklore se caracterizan fundamentalmente por que son de autores no conocidos o no identificables y que se transmiten de generación en generación, manteniéndose en consecuencia ante el paso del tiempo. Este concepto es recogido por la actual Ley de Derecho de Autor en el artículo 2 inciso 12 y en otros artículos en los que se le confiere la protección correspondiente de acuerdo a su forma de presentación.

Este concepto, no usado por el Colegiado, nos plantea otra situación jurídica que merece ser confrontada. Queda claro que a la luz de lo expuesto la estrofa de autor anónimo contiene todos los elementos característicos que pueden configurarla como una legítima expresión del folklore y que, por tanto, resulta clara su protección jurídica.

Estamos pues ante la disyuntiva de otorgar protección tanto a los derechos de don José de la Torre Ugarte cuya vulneración a estas alturas no admite discusión, como también a esta expresión del folklore.

En principio la salida jurídicamente lógica la ofrece el artículo 4, in fine del Decreto Legislativo 822 que señala de manera clara que en caso de conflicto debe preferirse lo más favorable al autor. Sin embargo la aplicación de esta norma importaría el desconocimiento de la esencia del Derecho.

Derecho y Realidad

Hemos reconocido anteriormente el adecuado criterio del Colegiado que –recogiendo a Néstor Pedro Sagües – señala que «...*el fallo judicial no puede emitirse en abstracto, sino debe medir los resultados o debe verificar las consecuencias de su decisorio (...) el magistrado constitucional debe preguntarse respecto del producto interpretativo al que ha arribado, **qué resultados producen en la sociedad, tanto económicos políticos (...) que pueda acarrear el decisorio (...)***»³. Por tanto, no basta reconocer únicamente que sea jurídicamente correcto el referirse a una violación de los derechos de los autores, como tampoco resulta suficiente reconocer jurídicamente la existencia de una expresión popular que merece ser protegida y que, a pesar de que existe una norma que solucionaría este conflicto puramente normativo (artículo 4° del Decreto Legislativo 822), es el Derecho y en consecuencia el Juzgador el llamado a «*hallar un producto interpretativo aceptable, sensato, razonable, útil, provechoso*»⁴

Si entendemos al Derecho como conciliador y regulador de relaciones sociales podemos concluir, al menos en el presente caso, que debería preferirse una solución socialmente armónica, equilibrada y ejecutable, frente a una aplicación fría y gris, puramente normativa, llena de rigor científico pero carente de utilidad y perspectiva social.

2. Documento UNESCO/PRS/CLT/TPC/SPL/6 Anexo 1

3. SAGÜES, Néstor Pedro, *Conferencia sobre Cuestiones Políticas no Justiciables en la Sede del Tribunal Constitucional del Perú*, Lima, 15 de marzo de 2005.

4. SAGÜES, Néstor Pedro, Id.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal Constitucional, aún cuando no consideró todos los elementos y figuras legales existentes –no nos compete determinar si por omisión o por desconocimiento-, falló, como lo expresamos al comenzar, de manera adecuada. Quizás este fallo es la forma como la Vida se ingenia para reconocer y recompensar a un colectivo, al más entusiasta y comprometido con la causa pero también al más sacrificado y golpeado de la época, manteniendo su canto y permitiendo que ahora sí levante la cerviz.