

# revista de la facultad de derecho

No. 22, diciembre 2003



**UFM**  
universidad  
FRANCISCO MARROQUÍN







# revista de la facultad de derecho

No. 22, Diciembre 2003



**UFM**  
universidad  
FRANCISCO MARROQUÍN

## CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Giancarlo Ibargüen

*Rector*

Max Holzhheu

*Vicerrector*

Ricardo Castillo

*Secretario General*

Ramón Parellada Cuadrado

*Tesorero*

### *Vocales*

Manuel Ayau G.

Jens Bornholt

Diana Canella de Luna

Jorge Molina-Sinibaldi

Luis Fernando Samayoa

## CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Milton Estuardo Argueta Pinto

*Decano*

Ana Gisela Castillo Aparicio

*Secretaria*

María Luisa Beltranena de Padilla

*Representante docente*

Luis Fernando Bermejo Quiñónez

*Representante estudiantil*

## DIRECTORIO DE LA REVISTA

Analuisa Ortiz García

*Directora*

Edgar Manuel Villanueva Sosa

*Subdirector*

### *Evaluación y revisión de contenido*

Silvia Gándara Berger (Coordinadora), Alexander Aizenstadt, Renata Ávila, Alejandra Bermúdez, María Dolores Bueso, Marcela de León, Lucía de León Girón, Carlos Eduardo Estrada Ramírez, Erick Ralón, Javier Roata, Carolina Saadeh, Ana Lucía Sánchez, Daniela Sierra.

### *Distribución y promoción*

Margarita Herman González (Coordinadora), Wendy Karina González, Sofía Escribá, Melissa Echeverría, Ana Sofía González, Federico Barillas, María André Cadena, Conchita Villeda, Claudia Cáceres, Andrea Bolaños, Anne Doherty, Pedro Miguel Salles, Juan Francisco García Comparini, Sandra Castillo, Miguel Ángel Amézquita.

### *Email*

[revista@ufm.edu.gt](mailto:revista@ufm.edu.gt)

Copyright © 2003 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.

ISSN 1562-2576

# Contenido

## Editorial

Y Sin Embargo Se Mueve <i>(Dr. Milton Estuardo Argueta Pinto)</i>	7
--	---

## Derecho

La Adjudicación en Pago y sus Efectos en el Valor Fiscal de los Bienes Inmuebles <i>(Carlos Alberto González Castellanos)</i>	11
La Propiedad en el Fideicomiso -Análisis Histórico Legal- <i>(Carlos Alberto González Castellanos)</i>	19
La Desestimación de la Personalidad Jurídica de la Sociedad en Guatemala <i>(Dr. Milton Estuardo Argueta Pinto)</i>	29
El Levantamiento del Velo Corporativo en el derecho marítimo: Responsabilidad Civil por Derrames de Combustibles <i>(Hugo A. Alsina Lagos)</i>	37
El Uso Ilimitado del Nuevo Conocimiento en la Sociedad y los Derechos Intelectuales <i>(Lic. Edwin Otoniel Melini Salguero)</i>	47
El “Cyber Notary”: El Notario del Comercio Electrónico <i>(Victor Manuel Rojas Amandi)</i>	71
Los Presupuestos Filosóficos de un Estado de Derecho <i>(Armando de la Torre)</i>	81

## **Derecho y Economía**

La Unión Europea Historia y Perspectivas  
*(Rafael Termes)* 89

## **Historia**

La Constituyente del año 45, El Panorama General  
*(Clemente Marroquín Rojas)* 103

Comentarios a la Villa de Santiago  
*(Dr. Pedro Luis Alonso)* 109

## **Opción Pública**

Las Alegres Elecciones  
*(Jorge Mario Valenzuela Díaz)* 115

La teoría del ciclo económico:  
¿Revolución keynesiana y ortodoxia austriaca?  
*(Clinton López)* 129

Editorial



Digitized by the Internet Archive  
in 2013

<http://archive.org/details/revistadelafacu22univguat>

## Y Sin Embargo, Se Mueve

Cuenta la tradición que cuando Galileo Galilei compareció ante el Sacro Colegio Cardenalicio en el proceso que promovió en su contra la inquisición por su adhesión a la teoría de que el Sol es el centro del sistema y la Tierra gira a su alrededor, al incorporarse después de haber estado de rodillas, musitó la frase “*y sin embargo, se mueve*”. Esta frase ha adquirido una especie de *vida propia*, independiente de su autor y del contexto en que éste la dijo. Hoy la frase reseña el triunfo de la convicción de algún ideal, creencia o teoría sobre una oposición, en mi opinión, irracional, ilegítima e incluso arbitraria. Revisando la historia de Guatemala en lo que a los últimos acontecimientos jurídicos de orden constitucional se refieren, acaecidos en los últimos meses y a la luz del resultado de la primera vuelta electoral, pienso que esta frase adquiere particular vigencia en nuestro medio. Gracias al trabajo del CEES, “La Ley” de Bastiat ha sido *redescubierta* y no sin admiración, muchos nos damos cuenta que el fenómeno de la expoliación de la ley que ahí se explica sigue siendo una práctica actual. En gran medida, eso fue lo que presenciamos en las recientes actuaciones

de la Corte de Constitucionalidad, paradójicamente instituida para preservar el Estado de Derecho, a través de la vigencia de las instituciones que la Constitución recoge. Creo que los Magistrados responsables de esos fallos nunca podrán dimensionar el daño causado al Estado de Derecho. La manipulación de la ley en favor de un interés determinado, prevaleció sobre valores e instituciones. Los hechos confirman otra vez la certeza de las ideas de Bastiat. Pero el ciudadano común y corriente, consciente de lo que había pasado, quiso enmendar el entuerto al ejercer sus derechos políticos. Y pienso que no hay mejor frase que evidencie lo que sucedió que la que se le atribuye a Galileo: “*Y sin embargo, se mueve*”: no obstante la manipulación de la ley, la violencia, las triquiñuelas y la arbitrariedad, esa situación seguía siendo ilegítima y contraria a Derecho. Equivale a decir: “*no importa lo que hagan o digan, esto no es así*”. Aunque lastimado y con deficiencias que aún hay que corregir, el Estado de Derecho retoma un segundo aire. Todavía hay esperanza de que las instituciones, al final, funcionen.

---

<sup>1</sup> Decano, Doctor en Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.



Derecho



# La Adjudicación en Pago y sus Efectos en el Valor Fiscal de los Bienes Inmuebles

## Sumario:

- Introducción
- 1. Descripción del Problema
- 1.1 Los Principios de Justicia Tributaria y Equidad Tributaria
- 2. Normas Legales Aplicables al Caso
- 2.1 El Impuesto Unico sobre Inmuebles
- 2.1.1 Generalidades
- 2.1.2 Actualización del Valor Fiscal de los Bienes Inmuebles.
- 2.2 La Adjudicación en Pago
- 2.3. Valor por el que se hace una Adjudicación en pago.
- 3. Posibles Soluciones
- 3.1 Aviso Circunstanciado del Notario
- 3.2 Inconstitucionalidad en Caso Concreto
- 3.3 Reforma a la ley de Impuesto Unico sobre Inmuebles
- Conclusiones
- Bibliografía

## Introducción

El presente artículo trata sobre un problema que sucede con bastante frecuencia en la actualización del valor fiscal de los bienes inmuebles, cuando dicha actualización proviene de una adjudicación judicial en pago. El problema deriva de la disposición legal contenida en la Ley del Impuesto Unico Sobre Inmuebles, que establece que la actualización del valor fiscal de los bienes inmuebles opera, entre otros, mediante el aviso notarial a que de lugar la enajenación o transferencia por cualquier título de bienes inmuebles.

En virtud de lo establecido en dicha disposición legal, la adjudicación judicial de bienes en pago<sup>2</sup>, seguida del aviso del notario, se convierte en una de las formas por medio de la cual se actualiza el valor fiscal de los bienes inmuebles.

No obstante, el valor que se le asigna a una adjudicación de bienes en pago, muchas veces no refleja el valor comercial del bien inmueble, ya que el monto por el cual se hace la adjudicación en pago es equivalente al monto resultante de la liquidación de la deuda, lo que provoca que en muchos casos, el monto de la liquidación sea superior al valor comercial del bien inmueble.

De esa forma, el nuevo valor fiscal del bien inmueble, que servirá como base imponible para determinar el monto del Impuesto Unico sobre Inmuebles, resulta ser un valor que no corresponde al valor comercial del bien inmueble. Esto aunado a la falta de un procedimiento para disminuir el valor fiscal de los bienes inmuebles, provoca una situación injusta, que atenta contra los principios de equidad y justicia tributaria, puesto que se estaría liquidando el Impuesto Unico sobre Inmuebles sobre un valor que es superior al valor comercial del bien inmueble.

En este artículo se analizará dicho problema, además se expondrán las normas legales aplicables al caso y por último, se señalarán algunas formas de resolverlo.

## 1. Descripción del Problema

Como se expuso anteriormente, el problema deriva de la disposición legal contenida en el artículo 5 inciso 4 de la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles, Decreto 15-98 del Congreso de la República, que establece que el valor fiscal<sup>3</sup> de un bien inmueble se actualiza por los nuevos valores consignados en el

1 Abogado y Notario. Graduado en la Universidad Francisco Marroquín.

2 Utilizamos el término adjudicación judicial para distinguirla de una adjudicación en pago que no sea judicial. Al referirse a la adjudicación en pago, la Enciclopedia Jurídica Omeba consigna, "En cuanto al cumplimiento de las obligaciones, hay que distinguir: la adjudicación de bienes al acreedor por acto voluntario y por acto forzoso". (Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. A. Editorial Driskill, S.A.). En este artículo nos referiremos específicamente a la adjudicación por acto forzoso.

3 Cuando nos referimos a valor fiscal de un bien inmueble, hacemos referencia a aquel valor por el cual se liquida el Impuesto Unico sobre Inmuebles.

aviso notarial a que dé lugar la enajenación o transferencia por cualquier título del bien inmueble.

Para entender dicha norma es necesario que comprendamos la finalidad detrás de la misma, y tiene que ver con el pago del Impuesto Unico sobre Inmuebles.

El Impuesto Unico sobre Inmuebles es un impuesto que grava la propiedad sobre los bienes inmuebles. El impuesto se determina aplicando la tasa a la base imponible, constituyendo la base imponible el valor por el cual está registrado el bien inmueble en los registros del ente administrador del tributo, que puede ser la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles o las distintas Municipalidades del país autorizadas para administrar el impuesto. Este valor está contenido en lo que se conoce comúnmente como la matrícula fiscal.

Este último punto es importante considerarlo, pues la finalidad detrás de la disposición legal analizada, es que el valor al que esté registrado un bien inmueble no sea un valor estático, sino sea un valor que se actualice conforme aumenta el valor comercial del inmueble, es decir, que el valor registrado del bien inmueble refleje dentro de lo posible su valor real.

Dentro de ese orden de ideas, es que una de las formas más razonables para que se actualice el valor fiscal de un bien inmueble, es que ese nuevo valor sea el que libremente le asignen las partes en algún contrato. Este valor llega al conocimiento de la Administración Tributaria por medio del aviso notarial que esta obligado a dar el notario en todo contrato de enajenación, donación, unificación o desmembración de bienes inmuebles, según lo dispone el artículo 43 de la Ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles.

El problema surge debido a que el monto por el cual se hace una adjudicación judicial en pago, no es un monto que libremente asignen las partes, sino que es el monto resultante de la liquidación de la deuda que origina la ejecución, y por las circunstancias y debido a los factores que se expondrán adelante, muchas veces el monto resultante de la liquidación de la deuda sobrepasa el valor por el que inicialmente se tasó al bien inmueble.

Al operarse el aviso notarial en la matrícula fiscal de la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes

Inmuebles o de la Municipalidad respectiva, automáticamente se eleva el valor fiscal del bien inmueble, dando como resultado, que la base imponible del impuesto, ahora este constituida por un valor superior a lo que comercialmente vale el bien inmueble.

### 1.1 Los Principios de Justicia Tributaria y Equidad Tributaria

Los principios tributarios de justicia tributaria y equidad tributaria se encuentran consagrados en los artículos 239 y 243 de la Constitución Política de la República.

Al efecto el artículo 239 de la Constitución Política de la República establece, “*Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación, especialmente las siguientes: a) El hecho generador de la relación tributaria; b) Las exenciones; c) El sujeto pasivo del tributo y la responsabilidad solidaria; d) La base imponible y el tipo impositivo; e) Las deducciones, los descuentos, reducciones y recargos; y f) Las infracciones y sanciones tributarias. Son nulas ipso jure las disposiciones, jerárquicamente inferiores a la ley, que contradigan o tergiversen las normas legales reguladoras de las bases de recaudación del tributo. Las disposiciones reglamentarias no podrán modificar dichas bases y se concretarán a normar lo relativo al cobro administrativo del tributo y establecer los procedimientos que faciliten su recaudación.*”. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 243 del cuerpo legal anteriormente citado establece, “*El sistema tributario debe ser justo y equitativo. Para el efecto las leyes tributarias serán estructuradas conforme al principio de capacidad de pago. Se prohíben los tributos confiscatorios y la doble o múltiple tributación interna. Hay doble o múltiple tributación, cuando un mismo hecho generador atribuible al mismo sujeto pasivo, es gravado dos o más veces, por uno o más sujetos con poder tributario y por el mismo evento o período de imposición.*”. (El subrayado es nuestro).

El principio de justicia tributaria, como su nombre lo indica, comprende a su vez varios principios cuya finalidad es lograr la justicia en el campo de la tributación. En específico, la justicia

tributaria implica que los tributos tengan que llenar exigencias de igualdad y equidad.

Por su parte la equidad tributaria pretende lograr que los tributos o las cargas fiscales fijadas no sean exageradas. La equidad comprende a su vez las garantías de razonabilidad y de la propiedad; así será inequidad tributaria, entre otras, la falta de razonabilidad en las bases impositivas o la violación al derecho de propiedad.

## 2. Normas Legales Aplicables al Caso

### 2.1 El Impuesto Unico sobre Inmuebles

#### 2.1.1. Generalidades

El Impuesto Unico Sobre Inmuebles, está regulado en el Decreto 15-98 del Congreso de la República. Este impuesto tiene como hecho generador, la propiedad sobre los bienes inmuebles. Es decir, que el impuesto se genera por ser propietario de algún bien inmueble. Al efecto, el artículo 1 de dicha ley establece, *“Se establece un impuesto único anual, sobre el valor de los bienes inmuebles situados en el territorio de la República.”*

La base imponible o impositiva<sup>4</sup> del impuesto, la constituyen los valores de los distintos bienes inmuebles que pertenezcan a un mismo contribuyente en calidad de sujeto pasivo del impuesto (Artículo 4 ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles). Esta base imponible, para efectos prácticos, la constituye el valor a los que estén registrados los bienes inmuebles en la matrícula fiscal de la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles o de la Municipalidad respectiva.

La liquidación del impuesto la formula el ente administrador del impuesto, sobre el valor en que están registrados los bienes inmuebles en la matrícula fiscal<sup>5</sup>. Al efecto el artículo 20 de la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles establece, *“La liquidación del impuesto la formula el ente administrador con base en el registro de la matrícula fiscal que lleva para el efecto (...)”*.<sup>6</sup> De allí deriva la importancia que tiene el valor con que está registrado un bien inmueble en los registros del ente administrador del impuesto, por cuanto este valor servirá para determinar el monto del impuesto.

Para efectos del problema que se discute en este artículo, es importante señalar que la Ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles no establece un procedimiento para disminuir el valor fiscal de los bienes inmuebles cuando éstos están sobrevaluados<sup>7</sup>. Si de un avalúo técnico practicado a requerimiento del propietario del bien inmueble, resultara un valor menor del consignado en la matrícula fiscal, este nuevo valor no sería operado.<sup>8</sup>

La ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles, sí regula un procedimiento para disminuir el valor fiscal de los bienes inmuebles, pero este procedimiento es específicamente para los casos en que la disminución del valor del bien inmueble proviene de deterioro en el mismo. Al efecto el artículo 7 de la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles establece que, *“En caso de que un inmueble sufriere deterioro que produzca disminución parcial de su valor, por causas comprobables, el propietario podrá presentar la solicitud al ente administrador, para que se verifique el valor de la matrícula, una vez verificados los hechos. Los gastos del avalúo deberán ser pagados por el interesado.”*

4 “La base imponible representa uno de los elementos constitutivos del hecho imponible y responde a la necesidad de cuantificar dicho presupuesto de hecho a fin de aplicar sobre esa cantidad el porcentaje o la escala progresiva cuya utilización dará como resultado el importe del impuesto (...). La base imponible puede consistir en cualquier parámetro, tal como: peso, volumen, unidades o valor monetario (...)”. (Jarach, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. Editorial Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Pág. 388).

5 La matrícula fiscal básicamente consiste en el catastro y registro fiscal de los bienes inmuebles. Al efecto el artículo 15 de la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles establece, *“La Dirección debe elaborar y mantener actualizado el catastro y registro fiscal de los bienes inmuebles de todo el territorio de la República, bajo el sistema del folio real y establecer sistemas de valuación determinando el justiprecio de los mismos para efectos impositivos, de conformidad con el manual de avalúos debidamente actualizado.”*

6 Este es un impuesto que es determinado y liquidado de oficio, ya que es el ente administrador del tributo quien determina el importe tributario de acuerdo a los valores registrados de los inmuebles en matrícula fiscal o en catastro.

7 Esta idea es concordante con la idea que la tierra no se puede depreciar. Al efecto, en la ley del Impuesto sobre la Renta, en ningún caso se admite depreciación sobre el valor de la tierra.

8 Al efecto la parte conducente del artículo 5 de la Ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles al referirse a los nuevos valores resultantes de las 4 formas de actualización del valor fiscal, establece, *“Cuando los valores consignados en los numerales anteriores, sean menores a los valores registrados en la matrícula fiscal, no serán operados por la Dirección o la municipalidad respectiva.”*

La falta de un procedimiento para disminuir el valor fiscal de los bienes inmuebles cuando éstos estén sobrevaluados, hace que el problema que analizamos en este artículo no pueda ser corregido.

### 2.1.2. Actualización del Valor Fiscal de los Bienes Inmuebles

La actualización del valor fiscal de un bien inmueble, como su nombre lo indica, es el procedimiento que se utiliza para que de tiempo en tiempo se actualicen los valores a los que están registrados los bienes inmuebles.

Existen cuatro métodos para actualizar el valor fiscal de los bienes inmuebles, a saber: El autoavalúo, el avalúo directo que practique o apruebe la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles o la Municipalidad respectiva, el avalúo técnico y por último, los nuevos valores consignados en el aviso notarial.

Al efecto establece el artículo 5 de la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles, *“El valor de un inmueble se determina: 1. Por autoavalúo presentado por los contribuyentes conforme a las condiciones a que se refiere esta ley; 2. Por avalúo directo de cada inmueble, que practique o apruebe la Dirección o en su caso la municipalidad cuando ya esté administrado el impuesto, conforme el manual de avalúos elaborado por el Ministerio de Finanzas Públicas y mediante los procedimientos previamente aprobados por el Concejo Municipal; 3. Por avalúo técnico practicado por valuator autorizado por la Dirección a requerimiento del propietario; este avalúo deberá presentarse en certificación bajo juramento, firmado por el propietario o su representante legal y el valuator autorizado; y, 4. Por nuevos valores consignados en el aviso notarial a que dé lugar la enajenación o transferencia por cualquier título de bienes inmuebles. Cuando los valores consignados en los numerales anteriores, sean menores a los valores registrados en la matrícula fiscal, no serán operados por la Dirección o la municipalidad respectiva.”*

Como establece el numeral cuarto de la norma anteriormente citada, uno de los métodos por medio del cual se actualiza el valor de los bienes inmuebles, es por medio de los nuevos valores consignados en el aviso notarial que dé lugar la enajenación o transferencia de bienes inmuebles por cualquier título. Al establecer dicha norma, “enajenación o transferencia de bienes inmuebles por cualquier título”, comprende entre otras operaciones, la transferencia de un bien inmueble derivada de una adjudicación en pago. De esa forma, la adjudicación en pago queda comprendida como uno de los mecanismos mediante el cual se actualiza el valor fiscal de los bienes inmuebles.

### 2.2 La Adjudicación en Pago

La adjudicación en pago en un proceso judicial, opera como el derecho que tiene el ejecutante de solicitar que en pago de la deuda, se le transfieran en propiedad los bienes inmuebles que constituyen la garantía hipotecaria. Funciona como el mecanismo mediante el cual y en virtud de la deuda que se cobra, se transfieren en propiedad los bienes al ejecutante.

La adjudicación en pago es una consecuencia natural de las garantías de realización de valor<sup>9</sup>, ya que a falta de pago de la obligación, el acreedor tiene el derecho de promover la venta judicial de los bienes y en pago de la deuda, adjudicarse los bienes hipotecados.

El derecho que tiene el ejecutante a la adjudicación en pago, se encuentra regulado en el artículo 318 del Código Procesal Civil y Mercantil, de la siguiente forma, *“Si el día señalado para el remate no hubiere postores por el setenta por ciento, se señalará nueva audiencia para la subasta, por la base del sesenta por ciento, y así continuará bajando cada vez en un diez por ciento. Si llegare el caso de que ni por el diez por ciento haya habido comprador, se hará un último señalamiento, y será admisible entonces la mejor postura que se haga, cualquiera que sea. En cualquier caso, el ejecutante tiene el*

<sup>9</sup> Díez-Picazo define a los derechos reales de realización de valor como aquellos que, *“(…) otorgan a su titular la facultad de exigir o de imponer la enajenación de una cosa para obtener el valor pecuniario de la misma y que, correlativamente, colocan al propietario en una situación de sujeción con respecto al ejercicio de aquella facultad (...). El carácter real de todos estos derechos, resulta de que, (...) sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre los que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fueron constituidos. La sujeción es directa e inmediata y recae sobre los bienes mismos. (...).”* (Díez-Picazo, Luns. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Tomo II. Las Relaciones Obligatorias. Editorial Civitas. Madrid 1996. Quinta Edición. Págs. 99-100).

*derecho de pedir que se le adjudiquen en pago los bienes objeto del remate, por la base fijada para éste, debiendo abonar la diferencia si la hubiere.”*

Posteriormente a la declaración judicial de que los bienes se adjudican en pago al ejecutante, es necesario formalizar la adjudicación en pago por medio de la correspondiente escritura pública. Esta escritura debe ser otorgada por el propietario del bien inmueble, pero en su rebeldía puede ser otorgada por el juez que tramita la ejecución.

### 2.3. Valor por la que se hace una Adjudicación en Pago

Es importante, llegado este momento, establecer cuál es el valor o monto que se consigna en el contrato que contiene la adjudicación en pago. Dicho monto es la cantidad resultante de la liquidación de la deuda que originó la ejecución. Esto es así, por cuanto el bien inmueble dado en garantía, responde por el monto de la deuda, más intereses, intereses moratorios, recargos, gastos y costas.

Es común entre los notarios, consignar en el contrato donde se constituye una hipoteca para garantizar una obligación dineraria, el siguiente texto: *“En garantía del pago del capital, intereses, comisiones, costas, gastos de cobranza y cualesquiera otras obligaciones exigibles en virtud de la ley y de este contrato se constituye hipoteca sobre el bien inmueble ...”*. De ese modo, cuando se hace la liquidación de la deuda, que comprende todos los rubros arriba indicados, el monto resultante de la liquidación es el que se le asigna a la adjudicación en pago, ya que en teoría, el bien inmueble hipotecado responde por la sumatoria de todas esas cantidades<sup>10</sup>.

Sobre la liquidación de la deuda, el artículo 319 del Código Procesal Civil y Mercantil establece, *“Practicado el remate, se hará la liquidación de la deuda con sus intereses y regulación de las costas causadas al ejecutante, y el juez librará orden a cargo del subastador; conforme a los términos del remate. Los gastos judiciales y de depósito, administración e intervención y los demás que origine el procedimiento ejecutivo, será a cargo*

*del dendor y se pagarán de preferencia con el precio del remate, siempre que hayan sido necesarios o se hubieren hecho con autorización judicial.”*

Uno de los rubros comprendidos dentro de la liquidación es el de las costas. Establece el Código Procesal Civil y Mercantil que el juez tiene la facultad de condenar a la parte vencida al reembolso de las costas a favor de la otra parte. Al efecto dicho artículo al regular la carga de las costas establece, *“Cada parte será directamente responsable de los gastos que se ocasionen por los actos que lleve a cabo y por los que pida, debiendo anticiparlos cuando así lo establezca la ley. En caso de condenación en costas, la parte condenada indemnizará a la otra de todos los gastos necesarios que hubiere hecho.”*

Por su parte el artículo 578 del Código Procesal Civil y Mercantil regula lo relacionado a las costas reembolsables. Al efecto establece, *“Son costas reembolsables: el valor del papel sellado y timbres fiscales, los honorarios del abogado director; de los notarios, procuradores, expertos, depositarios e interventores; las causadas por embargos, despachos, edictos, publicaciones, certificaciones, inventarios; las inscripciones en los registros; la indemnización a los testigos por el tiempo que hubieren invertido y los gastos de viaje. Las diligencias judiciales no causarán gastos personales, a menos que sean por motivo de viaje, pago de vehículos, de transporte, o comunicaciones; compra de sustancias u otros artículos que fueren necesarios para la averiguación de algún hecho.”*

Como se consigna en la norma anteriormente citada, uno de los rubros que comprenden las costas reembolsables, es el pago de los honorarios del abogado director del proceso.

Los honorarios del abogado director, se cobran a la parte condenada conforme el Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios, Decreto 111-96 del Congreso de la República, el cual en su artículo 1 establece que, *“Los abogados, árbitros, procuradores,*

<sup>10</sup> Decimos que el bien hipotecado responde en teoría por todos estos valores, ya que en un estado normal de cosas así debería ser. La persona encargada de evaluar el riesgo del crédito y de la garantía, debería considerar todas las circunstancias que acompañan el cumplimiento de la obligación y en ese sentido, ser capaz de tasar adecuadamente el valor por el que responde la garantía. No obstante, bajo las circunstancias actuales en Guatemala, muchas veces es difícil hacer acertadamente dicho cálculo. Principalmente por el excesivo tiempo que toma en llevar a cabo una ejecución hipotecaria, aunado a los altos intereses de los créditos, hacen que muchas veces los intereses e intereses moratorios al momento de la liquidación de la deuda, sobrepasen el monto del capital, situación que es difícil si no imposible prever en el análisis del crédito.

*mandatarios judiciales, expertos, interventores y depositarios, así como las personas que soliciten sus servicios profesionales son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago, pero en ningún caso el monto que se pacte podrá ser menor de lo establecido en esta ley. A falta de convenio, los honorarios se regularán conforme a este arancel.*"

Por lo general los honorarios del abogado se liquidan conforme al arancel de abogados, lo que provoca que este rubro sea una parte sustancial del monto de la totalidad de la liquidación.

La sumatoria de todos estos rubros, que como vimos incluyen capital, intereses, intereses moratorios, recargos, gastos y costas, que a su vez comprenden honorarios profesionales, es por lo que se hace la liquidación de la deuda. Por lo que es razonable, que muchas veces el monto resultante de la liquidación de la deuda sea mayor al valor comercial del bien inmueble.

### 3. Posibles Soluciones

Es oportuno ahora, que consideremos algunas posibles soluciones al problema que se analiza.

#### 3.1 Aviso Circunstanciado del Notario

Como se expuso anteriormente la obligación del notario de presentar el aviso a la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles o a la Municipalidad respectiva, está contenida en el artículo 43 de la Ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles.

Al efecto el artículo 43 de la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles, en su parte conducente establece, *"Con el objeto de posibilitar un mejor cumplimiento de las obligaciones de determinación, control y pago del impuesto, los Notarios, al autorizar instrumentos públicos que contengan contratos de compraventa o traspaso de bienes inmuebles, deberán, dentro del plazo de quince días de la fecha de autorización de la escritura, dar aviso a la Dirección General de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles o a las municipalidades respectivas y además cumplir con las normas siguientes (...)"*. Este artículo, continúa estableciendo un listado de datos que debe contener el aviso del notario.

No obstante que la norma anteriormente citada establece una serie de datos que deben contener el

aviso notarial, consideramos que esto no obsta, para que en el caso de una adjudicación judicial en pago, el notario dé un aviso circunstanciado exponiendo al ente administrador del tributo los pormenores del caso. Dicho aviso notarial debe contener el detalle de todos los montos que comprendieron la liquidación de la deuda, para efecto que el ente administrador del tributo, opere el aviso únicamente sobre el valor de la deuda y sus intereses y no por todo el valor de la liquidación de la deuda.

#### 3.2 Inconstitucionalidad en Caso Concreto

Consideramos que la situación que se analiza puede ser impugnada por la vía de la inconstitucionalidad en caso concreto. Dicha inconstitucionalidad, debe fundamentarse en el hecho de la violación de los principios constitucionales de justicia y equidad tributaria.

Con los medios de prueba adecuados, como sería la presentación del detalle de la liquidación de la deuda y los respectivos avalúos, aunado a la inexistencia de un procedimiento para disminuir el valor del bien inmueble, consideramos que la inconstitucionalidad debería ser declarada con lugar, y en consecuencia, no aumentarse el valor del bien inmueble.

#### 3.3 Reforma a la ley

A nuestro juicio, la solución más razonable sería que se modificara la ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles para efectos de establecer un mecanismo mediante el cual se pudiera disminuir el valor de los bienes inmuebles. Este procedimiento debe contemplar mecanismos de supervisión por medio del cual varios técnicos valuadores puedan determinar el valor de mercado de los bienes muebles.

### Conclusiones

Consideramos que hemos logrado transmitir al lector el hecho que la situación que se analiza es a todas luces violatoria a los principios de justicia y equidad tributaria, por cuanto no es razonable, justo y equitativo que la base del Impuesto Unico sobre Inmuebles la constituya un valor que es superior al valor de mercado del bien inmueble.

Dicha situación debe ser cambiada, sino, el notario haciendo uso de los medios legales que le conceden

las leyes debe idear los medios para que esta situación no se produzca. Y si llega a producirse el abogado debe activar los medios legales a su alcance para que la situación se revierta.

Consideramos, no obstante, que la más justa solución al problema sería establecer un procedimiento para la disminución del valor fiscal de los bienes inmuebles. Este procedimiento permitiría disminuir el valor de los mismos, cuando estén sobrevaluados por una adjudicación en pago.

## Bibliografía

### Libros

Aguirre Godoy, Mario. **Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Volumen I°. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, Guatemala, C.A. (1992)

Jarach, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. Editorial Abeledo-Perrot- Segunda Edición.

García Vizcaíno, Catalina. **Derecho Tributario**. Tomo I. **Parte General**. Editorial Depalma.

González, Eusebio y Lejeune, Ernesto. **Derecho Tributario I**. Plaza Universitaria Ediciones.

Palacio, Lino Enrique. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Decima Edición Actualizada.

Salas, Oscar A. **Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá**. Editorial Costa Rica.

### Disposiciones Legales

**Ley del Impuesto Unico sobre Inmuebles**. Decreto Ley 15-98 del Congreso de la República.

**Código de Notariado**. Decreto 314 del Congreso de la República y sus reformas.

**Código Procesal Civil y Mercantil**. Decreto-Ley 107.

**Arancel de Abogados, Arbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios**. Decreto 111-96 del Congreso de la República

“ TRATAR CON EL HOMBRE POR LA FUERZA  
 RESULTA TAN IMPRÁCTICO, COMO TRATAR  
 CON LA NATURALEZA POR PERSUASIÓN”

( Ayn Rand )

“LA MAYOR PARTE DE LA GENTE SE TROPIEZA,  
EN ALGÚN MOMENTO DE SU VIDA, CON LA  
VERDAD. LA MAYORÍA SALTA, SE SACUDE Y SE  
APRESURA A SEGUIR ADELANTE COMO SI NADA  
HUBIESE PASADO.”

(Sir Winston Churchill)

# La Propiedad en el Fideicomiso -Análisis Histórico Legal-

## SUMARIO:

- Motivación de este artículo.
- 1. Orígenes del Fideicomiso.
  - 1.1 El Trust.
- 2. La Incorporación del “Trust” a las Legislaciones Influenciadas por el Derecho Romano-Germánico.
- 3. Principales teorías que tratan de explicar la institución del fideicomiso, a la luz de los principios de las legislaciones influenciadas por el derecho romano.
  - 3.1 Teoría del Mandato.
  - 3.2 Teoría del Patrimonio Afectación.
- 4. El fideicomiso en Guatemala.
  - 4.1 El Fideicomiso previo a su regulación por el Código Civil 1964.
  - 4.2 El fideicomiso en el Código Civil de 1964 y sus reformas de 1965.
  - 4.3 El fideicomiso en el Código de Comercio de 1971.
- 5. Balance Final.
  - Bibliografía.

## Motivación de este artículo

Previo a entrar en las consideraciones propias de este artículo, expondremos el motivo que nos mueve a hacerlo y la finalidad que perseguimos.

El fideicomiso que conocemos, no es una figura jurídica propia de países con regímenes jurídicos influenciados por el derecho romano-germánico, sino es una figura jurídica que nace en el derecho anglosajón.<sup>2</sup> Este hecho tiene consecuencias en extremo importantes, porque los orígenes de esta figura surgen y se desarrollan en un régimen jurídico totalmente distinto al régimen del derecho romano-germánico.

Al traspasarse esta figura jurídica a legislaciones influenciadas por el derecho romano-germánico, era lógico que la figura del fideicomiso sufriera un proceso de adaptación bastante difícil, siendo necesario encontrar los medios legales y figuras jurídicas que hicieran posible una feliz adaptación del fideicomiso a dichas legislaciones.

El encontrar estos medios legales y figuras jurídicas fue una labor, que si bien influenciada por la doctrina, correspondió a la legislación de cada país. De esa forma, el fideicomiso se incorporó de distinta forma en las legislaciones de cada país, regulándose y entendiéndose de distinta manera.

Valga lo anterior, para resaltar lo importante que resulta el conocimiento de la adaptación del fideicomiso a nuestra legislación, ya que este conocimiento nos servirá para conocer mejor la figura del fideicomiso, su naturaleza jurídica y su actual regulación.

Este artículo está principalmente enfocado en el tema de la propiedad en el fideicomiso. Nos proponemos presentar al lector una reseña histórica de cómo se ha regulado lo concerniente a la propiedad en el fideicomiso en Guatemala. Este tema lo abordaremos a la luz del análisis histórico del fideicomiso, a sus antecedentes doctrinales, a la génesis de su estructura legal y su adaptación a nuestra legislación.

Para abordar este estudio, utilizaremos el procedimiento que se describe a continuación. Primero se expondrán los orígenes del fideicomiso.

1 Abogado y Notario. Graduado en la Universidad Francisco Marroquín. Master en Derecho Bancario y Financiero, graduado de Queen Mary Collage, University of London.

2 No se debe inferir de esta afirmación que el fideicomiso surgió exclusivamente en el derecho anglosajón, ya que aún existe entre los doctrinarios, discusión sobre si las figuras romanas influenciaron en la formación del trust anglosajón. Basta con entender que el fideicomiso regulado en el Código de Comercio, tiene sus antecedentes en el trust anglosajón.

Luego se expondrá la forma en que se incorporó el fideicomiso en las legislaciones del tipo romano-germánico<sup>3</sup>; exponiendo las teorías y los autores que consideramos que influyeron en mayor medida en la regulación del fideicomiso en Guatemala. Posteriormente se expondrá y se analizará la regulación del fideicomiso en Guatemala en sus tres etapas, antes del Código Civil de 1964, en el Código Civil de 1964 y en el Código de Comercio vigente.

## 1. Orígenes del Fideicomiso

Es aceptado por la mayor parte de la doctrina, que el fideicomiso que conocemos tiene sus antecedentes en la figura del “trust” anglosajón. No obstante, que en el derecho romano se conocieron algunas figuras que cumplían las mismas finalidades que el “trust”, éstas no influyeron a la formación del mismo.<sup>4</sup>

### 1.1 El “Trust”

Coinciden los autores consultados, que los orígenes

del “trust” se encuentran en la figura del “use”. Este surge como mecanismo de protección en contra las confiscaciones y las leyes que prohibían el traspaso de la propiedad a las congregaciones religiosas.

Expone Lepaulle, “(...) *el poder central todavía joven y débil siente que dos fuerzas se le oponen: las congregaciones religiosas y los feudatarios. Para limitar la fuerza de las primeras utiliza el ‘statue od mortmain’ o ley sobre la mano muerta; para mantener a los segundos bajo su imperio, confisca los bienes de los vasallos que toman las armas contra él. A la fuerza hay que oponer la astucia, los monjes aconsejan secretamente a las almas piadosas y caritativas que hagan donaciones a tereeros que se inclinan a favor de las congregaciones y los nobles, antes de emprender la guerra contra el señor feudal, ceden sus fundos a un amigo de confianza (...)*”.<sup>5</sup>

De esa forma, el “use” se va configurando como una transmisión de tierras, que el propietario de las mismas (“settlor”) hace a otra persona (“feoffe to use”), en el entendido que aún cuando a la persona

3 A lo largo del artículo, utilizaremos esta expresión para referirnos a aquellas legislaciones en contraposición a las influenciadas por el common law.

4 Al efecto se expone: *“Algunos historiadores han intentado demostrar que el origen del ‘trust’ se encontraba en el ‘fidei commissum’ romano, en tanto que otros han pretendido ver su origen en el ‘Trennband’ o ‘Salman’ germánico. Si bien es probable que una y otra instituciones hayan tenido cierta influencia, parece sin embargo que ninguna de las dos ha sido determinante, y que haya que buscar fuera del dominio jurídico el origen profundo de los ‘trusts’.*” (Lepaulle, Pierre. *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts*. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 12); *“El origen preciso de los usos constituye uno de los problemas más controvertidos, todavía insolutos, de la historia del derecho inglés. Hipótesis en conflicto le atribuyen origen románico, germánico, aborigen y hasta ninguno en particular, que expondremos a continuación: a) Romano. Lo que más se asemejaba al uso, expresa Bacon en el siglo XVII, era el fidei commissio, pero no pretendía que el uso derivara de la institución romana (...). (...) la concepción básica del uso aparece en diversos sistemas jurídicos aunque la práctica pueda en ciertos detalles mostrar diferencias considerables; cuando determinadas personas se encuentran en la absoluta posibilidad de gozar de las ventajas esenciales de la propiedad y otras tropiezan con dificultades o inconvenientes para ello, el jurista debe encontrar una solución, y así como el jurista romano en tiempos de Augusto desarrolló el fideicomiso, el jurista inglés en la Edad Media desarrolló el uso y buscó a un funcionario que lo protegiera.*” (Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*. Editorial Jus. México. Págs. 34, 36); *“Independientemente de la naturaleza jurídica que tenga el fideicomiso, respecto a la cual expondremos las opiniones más disfundidas en el presente capítulo, lo cierto es que dicho figura encuentra su antecedente directo en el trust anglosajón, si bien como lo hace notar Molina Pasquel, habiéndose inspirado el legislador mexicano, no en una fuente directa, sino en opiniones de intérpretes extraños al Derecho Anglosajón, que son las de Alfaro, jurista panameño y la de Lepaulle, francés (...).*” (Dominguez Martínez, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso*. Séptima Edición Actualizada. Editorial Porrúa, México 1997. Pág. 139); *“El fideicomiso que acepta nuestra legislación es el ‘trust’ anglosajón, pero con las bases y fisonomía propias que se le dieran al transplantarlo a los medios jurídicos mexicano y panameño (...). El ‘trust’ es una institución original del sistema jurídico inglés, dentro del cual se ha definido como ‘una relación en la que una persona llamada truster se obliga, como propietario legal, a detentar un patrimonio en beneficio de otra persona, llamada el beneficiario o ‘cestui que trust’.*” (Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Serviprensa Centroamericana, Guatemala, C.A. 1978. Pág. 664); *“No existe unanimidad en la doctrina para indicar cuál es el antecedente directo del fideicomiso que se practica en los países de derecho latino. Unos lo encuentran en el antiguo Derecho Romano, mientras otros, en el Derecho Anglosajón (...). En el Derecho anglosajón se ha conocido el negocio denominado ‘Trust’, considerado como el antecedente más directo del fideicomiso que se practica en Latinoamérica, incluyendo Guatemala.*” (Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco*. Tómo III. Editorial Universitaria. Guatemala, Centroamérica. 1988. Pág. 147, 148); y *“El origen del fideicomiso se remonta a la Inglaterra del siglo XI (...). El fideicomiso comenzó siendo expresión del deseo de una persona de que sus bienes, generalmente terrenos, fueren disfrutados por sus herederos. El fideicomitente tra pasaba los bienes a un buen amigo o pariente, confiando en su buena fe e instruyéndole que los usare de cierta forma, generalmente en beneficio de la esposa del fideicomitente y luego de sus hijos y nietos. El resultado era que el fideicomitente dejaba de ser dueño de sus bienes y así a su muerte se evitaban los derechos feudales.*” (Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Editorial Astrea Buenos Aires 1993. Pág. 286).

5 Lepaulle Pierre op. cit., pag. 11.

que se le transmitió la tierra sería ahora el legal propietario de ésta, una tercera persona (“cestui que use”) tendría el derecho de gozar de todos los beneficios como verdadero propietario con respecto de dicho bien. El “feoffe to use” recibía la plena propiedad de la tierra, pero no para aprovecharla en su propio beneficio sino con el encargo, confiando en su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo del “cestui que use”.

Ya que legalmente existía una transmisión de propiedad, el “feoffe to use” resultaba siendo el legal propietario de la tierra, reconociéndole el “Common Law” tal calidad. Por ese motivo, el cumplimiento de las obligaciones del “feoffe to use” quedaron totalmente a su arbitrio, pues según el “Common Law”, él era legal propietario de la tierra, siendo en consecuencia, únicamente razones de índole moral y religiosas las que compeljaban al “feoffe to use” a poseer la tierra en beneficio del “cestui que use”.

Derivado de los múltiples abusos de los “feoffe to use”, las personas perjudicadas por dichos abusos tuvieron que buscar alguien que hiciera las obligaciones del “feoffe to use” coercibles. Como las cortes únicamente aplicaban el Common Law recordemos que bajo esta el “feoffe to use” era el legal propietario- sólo quedaba dirigirse al Rey. Ello era posible por cuanto el Rey era considerado fuente de toda justicia y depositario de la misma, por lo que estaba encima de todos los tribunales y por lo mismo, podía pronunciar sentencias conforme a su conciencia y de acuerdo a su equidad, sin tenerse que sujetar a normas técnicas. El Rey delegó sus facultades en el denominado “Lord Canciller”, quien a su vez las delegó en multitud de asesores que acabaron

siendo una jerarquía de magistrados. Los magistrados empezaron a resolver los casos de abusos del “feoffe to use”, haciendo coercible los derechos que tenía el “cestui que use” sobre la propiedad transmitida.

De esa forma, una obligación meramente moral según el Common Law, devino en una obligación dotada de juridicidad según el Equity. Es en este último momento, que el use se transforma en el “trust”.

Como consecuencia de dichos antecedentes históricos se define el trust, en el derecho anglosajón, como una forma peculiar de propiedad, en la que el trustee es el propietario legal de los bienes de acuerdo con el Common Law, en tanto que el beneficiario es propietario en equidad de los bienes.<sup>6</sup>

Con el paso del tiempo el “trust” se va perfeccionando, hasta llegar a alcanzar el grado de especialización que tiene hoy en día.

## 2. La incorporación del “trust” a las legislaciones de ascendencia romano-germánica

Debido al enorme éxito que tuvo el “trust” en el derecho anglosajón, principalmente por ser una figura jurídica bastante ágil y flexible, que puede ser utilizada en infinidad de situaciones, se crea una corriente de opinión favorable a adaptar el trust anglosajón a los sistemas jurídicos de ascendencia romano-germánica.

Así, no obstante, a finales del siglo XIX ya existían en el orden doctrinario estudios acerca de los “trust”<sup>7</sup>, se puede decir que la adopción del trust propiamente se

6 Al efecto: “(...) el ‘trust’ se presenta por la jurisprudencia y autores anglosajones como una forma peculiar de propiedad, en la que el ‘trustee’ era propietario de acuerdo con el ‘common law’, en tanto que el beneficiario es titular del ‘equitable title’. El ‘trust’ parece pues indisolublemente vinculado a la distinción entre ‘common law’ y ‘equity’ que escinde en dos partes todo el sistema jurídico anglosajón y carece de equivalente en cualquier otro derecho.” (Lepaulle, Pierre. *op. cit.*, pag. 2); “(...) cómo el trust corresponde a una peculiar evolución histórica del Derecho Inglés y se explica y opera dentro de una estructura peculiar no existente en los sistemas latinos, según la cual puede predicarse en relación con un mismo bien la existencia de dos propietarios, uno legal y otro beneficiario.” (Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios*. Biblioteca Felaban. Cuarta Edición. Pag. 606); “Es decir, existe un trust cuando la propiedad legal está en una persona y la propiedad útil (equitable estate o property) en otra, o bien cuando hay derechos, o bien títulos o intereses en propiedad, distintos de la propiedad legal. Es decir, según las distintas definiciones, para que nos encontremos con un trust, tanto una propiedad como la otra deben estar en distintas manos (...)”. (Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Editorial Astrea. Buenos Aires 1993. Pag. 292); y “El problema básico es conciliar los derechos del fiduciario con los del constituyente y beneficiario, ante la imposibilidad de estructurar en forma conceptual una doble titularidad como existe en el derecho inglés”. (Bollini Shaw, Carlos y Bonceo Villegas Eduardo. *Manual para Operaciones Bancarias y Financieras*. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Pag. 434).

7 Vid. Batiza, Rodolfo. *op. cit.*, pag. 81.

realiza en Panamá en 1920, con el Proyecto del doctor Alfaro, sancionado como ley cinco años después.<sup>8</sup>

Efectivamente, en el año de 1920, el jurista panameño Ricardo J. Alfaro, publica el estudio titulado “*El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al trust del derecho inglés*”. Constituye éste el primer estudio de parte de un autor latinoamericano, con el propósito de adaptar el “trust” anglosajón a las legislaciones de ascendencia romano-germánica. Presentó Alfaro junto con el estudio referido, un proyecto de Ley sobre Fideicomisos, que se convirtió en ley de Panamá cinco años después, y que vino a influir decisivamente en muchas legislaciones, incluyendo la guatemalteca.<sup>9</sup>

Después de la adopción del fideicomiso en Panamá, expone Batiza, Hispanoamérica se convierte en el suelo más fértil de adopción del “trust” y de las “trust companies”.<sup>10</sup>

La adopción del “trust” a las legislaciones de ascendencia romano-germánica, suscita dos corrientes de opinión opuestas. Una que sostiene que no existen dificultades para lograr la adaptación y otra que estima que en cierto modo es imposible o muy difícil.

Escapa de los límites de este artículo, el explicar las razones del porqué diversos autores sostenían que era imposible la implementación del trust. Basta con exponer algunas.

Garrigues opinaba que, “(...) la razón a un trust juicio es que nos puede transportar esquemáticamente de un país a otro instituciones que responden a una tradición histórica y a una mentalidad, las cuales son, por esencia, intransferibles. Así lo prueba la serie de tanteos y de vacilaciones porque han atravesado la implantación del ‘trust’ en los países de Derecho románico (...)”<sup>11</sup>; y “(...) la institución del ‘trust’ tropieza en el Derecho continental con una serie de obstáculos infranqueables (...). El primer obstáculo, como apunta Weiser, es el principio de numerus clausus que domina toda la materia de derechos reales en la legislación europea. De ahí la imposibilidad de admitir ese desdoblamiento de la titularidad en propiedad formal o legal y propiedad sustancial o bonitaria que es inherente al ‘trust’ y que descansa a su vez en la dualidad del ordenamiento jurídico material y procesal, peculiar del sistema inglés (...)”.<sup>12</sup>

Por su parte Oscar Rabasa expone, “El ‘trust’ o fideicomiso angloamericano sólo puede existir, en su forma auténtica, en donde esté vigente el sistema dual de derecho y de dos especies de dominio y de propietarios, peculiar a la organización jurídica angloamericana denominada common law; de ahí proviene que los esfuerzos que se han hecho en otros países del régimen jurídico romano, como Méjico, para importar el ‘trust’ o fideicomiso de tipo anglosajón resulten esencialmente frustrados; pues la institución que se establece, es un producto híbrido, adquiere la forma de un acto jurídico desvirtuado y completamente distinto al que se quiso adoptar (...)”.<sup>13</sup>

En virtud que el fideicomiso surge como la adaptación del “trust” anglosajón, el cual reconocía

8 Expone Batiza, “Observaba Lepaulle que el trust, antes de la Primera Guerra Mundial, rara vez trascendía las fronteras de los países anglosajones, y Weiser expresaba que el creciente contacto con dichos países, unido a su ascendiente en cuestiones financieras y mercantiles de pues de esa guerra, había conducido en la práctica a una cierta familiaridad con los aspectos técnicos del trust, lo mismo que a diversas tentativas para establecer y popularizar en Europa continental esquemas que le eran vagamente similares. En realidad en el orden doctrinario, va desde el año 1882 un autor francés, Glasson, había expuesto la evolución histórica y algunos principios del trust (...). Años después, en 1890 van Hall proponía en Holanda la adopción del trust mediante la reforma del Código Civil y en 1904 Preston recomendaba para Francia la implantación de las trust companies (...). Corresponde a México haber iniciado hace más de ochenta años, la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del trust y de las trust companies (...)”. (Ibid, pag. 81).

9 Expone Ojeda Salazar en relación con la regulación del fideicomiso en el Código Civil, “La ley mexicana y panameña, redactada esta última por el doctor Ricardo Alfaro, nos ha servido para formular el capítulo IV que se titula: “De la propiedad en fideicomiso (...)”. (Ojeda Salazar, Federico. Informe y Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco. Casa Editora Gómez Robles. Pag. 56).

10 El fideicomiso se adopta en Panamá en 1925, posteriormente en Puerto Rico en 1928, Colombia en 1923, Chile en 1925, Bolivia en 1928, Perú en 1931, Costa Rica en 1936, El Salvador en 1937, Venezuela en 1940, Nicaragua en 1940, Guatemala en 1946, Ecuador en 1948, y Honduras en 1950. (Ver Batiza, Rodolfo. op. cit., pag. 83).

11 Garrigues Díaz Canabate, Joaquín. Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas. Pag. 91.

12 Ibid pag. 94.

13 Citado por Garrigues. Ibid, pag. 94.

una doble titularidad de la propiedad sobre los bienes transmitidos, fue necesario que el jurista latino hiciera su mejor esfuerzo en adaptar el “trust” lo más conforme con las instituciones jurídicas de ascendencia romano-germánica.

De esa forma pasamos al siguiente punto de nuestro estudio, donde se expondrá dos de las principales teorías con miras a adaptar el “trust” a las legislaciones de ascendencia romano-germánica.

### 3. Teorías formuladas para adaptar el “trust” a las legislaciones de ascendencia romano-germánica

Hemos considerado adecuado limitarnos a las dos de las teorías que creemos que tuvieron influencia decisiva en la regulación del fideicomiso en Guatemala.<sup>14</sup>

#### 3.1 Teoría del Mandato

Como indicábamos anteriormente, fue el doctor Ricardo J. Alfaro<sup>15</sup> el primer doctrinario latinoamericano en elaborar una teoría que expusiera la forma de adaptar el “trust” a las legislaciones de ascendencia romano-germánica. El doctor Alfaro propone que la adaptación del trust se hiciera mediante la figura del fideicomiso, al que considero como una especie de mandato.

Al efecto define al fideicomiso como “*un mandato irrevocable en virtud del cual se tramiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado Fideicomisario.*”<sup>16</sup>

En vista de las críticas recibidas a la teoría del mandato, especialmente por al carácter esencialmente re-

vocable de éste, Alfaro reajusta su teoría. Crítica, además, el hecho que otros doctrinarios califiquen el fideicomiso como una afectación de bienes a un fin determinado, por cuanto según Alfaro, afectar es sinónimo de gravar, y en consecuencia lo que se está diciendo es que el fideicomiso consiste en el gravamen de un patrimonio para un fin, todo lo cual es inexacto pues el fideicomiso no es un gravamen, sino una transmisión de bienes.

De esa forma propone una nueva definición de fideicomiso, señalando como los elementos de éste, la transmisión del patrimonio, la destinación que se le da al patrimonio y el encargo que debe ejecutarse.<sup>17</sup>

Concluye Alfaro, “(...) aclarada así la definición, ella nos lleva como de la mano a la consecuencia, inevitable (...) de que la esencia del fideicomiso está en la transmisión del patrimonio, porque esa transmisión es la que normalmente engendra el derecho de dominio del fiduciario.”<sup>18</sup>

Es importante hacer ver la importancia de esta última definición que da Alfaro, pues él como conocedor del fideicomiso, sabía que éste al igual que en el “trust” anglosajón, operaba una transmisión de bienes, siendo esta la propia esencia del fideicomiso.<sup>19</sup>

Como expondremos adelante, fue Alfaro quien influyó en mayor medida en la regulación del fideicomiso del Código Civil de 1964.

#### 3.2 Teoría del Patrimonio Afectación

Pierre Lepaulle, jurista de origen francés y doctor en Derecho de la Universidad de Harvard, ensaya una interpretación del trust con vistas de explicarlo al público no sajón. Sus teorías tuvieron bastante influencia en las legislaciones de los países de Hispanoamérica, incluida la legislación guatemalteca.

14 Es importante adelantar que no se puede afirmar que la regulación del fideicomiso en Guatemala responde a una sola de las teorías que a continuación se exponen.

15 No obstante, que se recuerda al doctor Alfaro por su teoría del mandato, su pensamiento tuvo varios cambios, por lo que no es correcto identificar a Alfaro únicamente con la teoría del mandato. Alfaro era ante todo un conocedor del trust, cuyas ideas influyeron en muchas legislaciones.

16 Vid. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. op. cit., pag. 146.

17 La principal característica de la regulación del fideicomiso en el Código Civil de 1964 es la transmisión en propiedad al fiduciario del patrimonio fideicometido.

18 Ibid, pag. 148.

19 Ibid, pag. 148.

Lepaulle expone que los elementos esenciales del trust son dos: un patrimonio determinado y una afectación<sup>20</sup>, al efecto, "(...) a) *Un trust presupone necesariamente derechos patrimoniales sobre los que recae (...); b) Esos derechos no deben ya estar en el patrimonio de nadie. No deben en efecto quedar en el patrimonio del 'settlor' (...) tampoco deben pasar al patrimonio del 'trustee' (...) por fin la 'res' tampoco está en el patrimonio del beneficiario (...); c) Esos derechos quedan integrados en un todo distinto. La 'res', por el mero hecho de no formar parte de ningún patrimonio, se encuentra por así decirlo, aislada, y adquiere, por sí misma una universalidad propia (...)* d) (...) la 'res' constituye una universalidad (...). De ese modo, en todo 'trust' hay necesariamente un patrimonio distinto. Hay, además, una afectación (...)."<sup>21</sup>

Expone, además, la siguiente definición, "*El trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y el orden público (...)*".<sup>22</sup>

El jurista francés sostenía que el "trust" es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación. Al efecto sostenía que "*El 'trustee' debe tener la capacidad de ejercer todos los derechos necesarios para la gestión del patrimonio y la consecución del objetivo asignado (...)*".<sup>23</sup>

De esa forma Lepaulle, si bien no se refería a quién correspondía la propiedad de los bienes fideicometidos en el trust, por cuanto él consideraba que era un patrimonio sin dueño, atribuía al fiduciario la titularidad de todos los derechos que sirvieran para cumplir los fines del fideicomiso.

## 4. El Fideicomiso en Guatemala

La historia del fideicomiso en Guatemala, se puede dividir en tres etapas, antes de su regulación en el Código Civil de 1964, su regulación en el Código Civil de 1964 y su regulación en el Código de Comercio vigente.

### 4.1 El Fideicomiso previo a su regulación por el Código Civil de 1964

La figura del fideicomiso, en su acepción como equivalente al "trust", aparece por primera vez en Guatemala, en la Constitución Política de la República de 1945.<sup>24</sup>

En efecto el artículo 28 de dicho cuerpo legal, en su parte conducente estipulaba: "*Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo plazo no exceda de veinticinco años, y se administrarán por un banco o institución de crédito facultada para hacer negocios en la República. Esta autorización no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto religioso. El plazo podrá ampliarse únicamente cuando se trate de garantizar a enfermos incurables o a los incapaces*".

Esta misma norma fue recogida posteriormente en la Constitución Política de la República de 1956. Con anterioridad a la Constitución de 1945, la figura del fideicomiso era regulada en nuestra legislación, pero no en su acepción como equivalente al trust, sino dentro de las normas de la herencia.

En el Código Civil de 1932, que es el Código Civil anterior al que actualmente se encuentra vigente, la figura del fideicomiso era regulada en el artículo 847. Al efecto dicho artículo establecía, "*Es prohibido testar por fideicomiso; pero el testador podrá encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que deje para personas u objetos determinados*".

20 "La única manera de abordar el problema consiste, evidentemente, en buscar cuáles son los elementos esenciales para la formación y vida del 'trust'. Estos elementos son dos: un patrimonio determinado y una afectación." (Lepaulle, Pierre. op. cit., pag. 20).

21 Ibid. pags. 20,21.

22 Ibid. pag. 23.

23 Ibid. pag. 139

24 Vid. Ojeda Salazar, Federico. op. cit., pag. 55; Villegas Lara, René Arturo. op. cit., pag. 148; Vásquez Martínez, Edmundo. op. cit., pag. 663

Al explicar esta prohibición el autor Fernando Cruz, en su libro *Instituciones de Derecho Civil Patrio*, refiriéndose al artículo 805 inciso 2 del Código Civil de 1887, que contenía la misma disposición del Código Civil de 1932, expone, “*Tampoco puede el testador instituir heredero por fideicomiso (2.º 805 C). Instituir heredero por fideicomiso es nombrar por heredero a un individuo, que se llama heredero fiduciario, con la obligación de entregar la herencia a otro, que es el heredero fideicomisario. Si en el fideicomiso se expresa cuál es la persona a quien se ha de entregar después la herencia, no tiene objeto la interposición del fiduciario, puesto que se pudo nombrar directamente al fideicomisario. Si se reserva el nombre de éste, no puede ser sino con el objeto de burlar la ley, o es por lo menos, inútil y embarazoso. Por éstas razones, y por estar muy expuestos a abuso del fiduciario, como que el cumplimiento de la voluntad del testador quede enteramente dependiente de él, ha sido prohibido en casi todas las legislaciones modernas; sobre todo cuando están prohibidas las vinculaciones (...).*”<sup>25</sup>

Es hasta en el Código Civil de 1964 que el fideicomiso, como equivalente al trust anglosajón, es regulado en nuestra legislación.

#### 4.2 El fideicomiso en el Código Civil de 1964 y sus reformas de 1965

En el Código Civil de 1964, el fideicomiso estaba regulado en el libro II denominado “De los Bienes de la Propiedad y demás Derechos Reales”, Título II “De la Propiedad”, Capítulo IV “De la propiedad en fideicomiso”.

En dicho Código Civil se establecía una definición del fideicomiso, al efecto estipulaba el artículo 560, “*Fideicomiso es la institución por medio de la cual un establecimiento de crédito autorizado legalmente, adquiere la propiedad de determinados bienes para destinarlos a un fin lícito, o entregarlos al destinatario al cumplirse la condición o el plazo impuesto por el enajenante. La persona propietaria de los bienes que ordena el fideicomiso se denomina fideicomitente; la institución que adquiere la propiedad para realizarlo se llama fiduciario, y el fideicomisario es el que recibe el beneficio o adquiere definitivamente la propiedad de los bienes*”.

A mediados del año 1965, se emite el Decreto-Ley 218, que derogó el artículo 560 que contenía la definición transcrita anteriormente, y se emite una nueva disposición legal que establece, entre otros, que los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio separado. Al efecto el nuevo artículo 560 establecía, “*Fideicomiso es la institución por medio del cual un Banco o un establecimiento de crédito legalmente autorizado, adquiere la propiedad de determinados bienes para destinarlos a un fin lícito, o entregarlos al destinatario al cumplirse la condición o el plazo impuesto por el instituyente. La persona propietaria de los bienes que ordena el fideicomiso se denomina fideicomitente; la institución de crédito que adquiere la propiedad para realizarla se llama fiduciario, y el fideicomisario es el que recibe el beneficio o adquiere definitivamente la propiedad de los bienes. Los bienes objeto del fideicomiso constituirán un patrimonio separado*”.

El artículo 565 ordenaba inscribir los bienes inmuebles que se transmitían en fideicomiso en el Registro de la Propiedad. Al efecto se establecía, “*La propiedad en fideicomiso de bienes inmuebles deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre de la institución fiduciaria*”.

Por su parte, refiriéndose a los derechos del fiduciario, el artículo 567 establecía, “*El fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al dominio; pero no podrá enajenar ni gravar los bienes fideicometidos si no estuviere estipulado por el fideicomiso, salvo que la ejecución del fideicomiso se haga imposible o manifiestamente desventajosa sin enajenarlos o gravarlos*.”

Deducimos de los artículos transcritos, que el Código Civil al configurar la figura del fideicomiso, adoptó como una de las principales características del mismo, la de la transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomitente al fiduciario, idea influenciada por los estudios del doctor Alfaro.

El autor del Código Civil, licenciado Federico Ojeda Salazar, explica en el Informe y Exposición de Motivos del Código Civil, el porqué de dicha regulación. Al efecto expone, “*El fideicomiso que acepta la legislación es el trust anglosajón, el mismo que regulan las leyes mexicana, panameña y puertorriqueña (...). (...) la*

*institución que ahora aparece como una novedad en nuestra legislación civil, nada tiene en común con el fideicomiso y la substitución fiduciaria abolidos por el Código del 77".*<sup>26</sup>

Este primer comentario hecho por Ojeda Salazar se hace con el objeto de distinguir la figura del fideicomiso, con la figura regulada en el Código Civil de 1887 dentro de las disposiciones de la herencia. De esa forma, la regulación del fideicomiso crea una nueva figura, resultado de la adaptación del trust anglosajón a la legislación guatemalteca.

En cuanto a qué persona se reconoce la propiedad de los bienes transmitidos en fideicomiso, Ojeda Salazar expone, "*La propiedad en fideicomiso se reconoce en el fiduciario para que pueda cumplir debidamente su cometido y garantizar el sostenimiento de la propiedad contra las acciones que de otro modo podrían ejercitar terceros y acreedores*".<sup>27</sup>

De la regulación del fideicomiso en el Código Civil de 1964, se pueden deducir, que se comprendía que para que el fideicomiso tuviera una feliz adaptación, era necesario regular claramente los derechos que correspondían a las personas que participan en el mismo, principalmente en cuanto a los derechos sobre los bienes fideicometidos.

La regulación del fideicomiso en el Código Civil continuó vigente hasta 1971, momento en el cual es promulgado el nuevo Código de Comercio.

#### 4.3 El fideicomiso en el Código de Comercio de 1971

El 30 de julio de 1970 entra en vigencia el nuevo Código de Comercio, el cual en sus disposiciones derogatorias y modificatorias, derogó expresamente los artículos 560 al 578 del Código Civil, que regulaban el fideicomiso.

El Código de Comercio regula el fideicomiso, dentro del título de los Contratos Mercantiles, específicamente dentro de las Operaciones de Crédito, en los artículos 766 al 793.

En la regulación del fideicomiso en el Código de Comercio, a diferencia de la contenida en el Código Civil, no se da una definición o concepto de lo que es un fideicomiso. Recordemos que en el Código Civil, se definía el fideicomiso como una institución por medio de la cual un Banco o un establecimiento de crédito legalmente autorizado adquiere la propiedad de determinados bienes, para destinarlos a un fin lícito. En la regulación del Código de Comercio, simplemente se describe el funcionamiento de la figura, de la siguiente forma, "*El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso*".

No se puede extraer de la definición de fideicomiso consignada en el Código de Comercio, que exista una transmisión de propiedad del patrimonio fideicometido al fiduciario. No obstante, la Exposición de Motivos del Código de Comercio aclara dicho aspecto y en ella se puede extraer que la voluntad del legislador fue que existiera una transmisión de propiedad.

Al efecto la Exposición de Motivos del Código de Comercio establece, "*(...) dadas las características especiales del contrato de fideicomiso y de que el traslado de dominio es no sólo temporal, sino afectado a un fin (...)*".<sup>28</sup>

Sin embargo, existen doctrinarios que consideran que la regulación del fideicomiso en el Código de Comercio es ambigua en cuanto a dicho tema, ya que la ley no se pronuncia expresamente al respecto.<sup>29</sup>

26 Vid. Ojeda Salazar, Federico. *op. cit.*, pag. 56.

27 *Ibid.* pag. 56

28 Exposición de Motivos del Código de Comercio. Contendida en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín. Tomos 6, 7, 8. Enero 83. Pag. 67.

29 Dos de los principales autores mercantilistas guatemaltecos, consideran que no existe una transmisión de propiedad de los bienes al fiduciario. Al efecto expone Vásquez Martínez, "*Debe aclararse que al transmitirse al fiduciario ciertos bienes y derechos, no se transmite el derecho de propiedad, lo que sucede es que se constituye un patrimonio autónomo, separado, que no pasa a agregarse al patrimonio del fiduciario, sino que este último es investido de determinadas facultades con respecto al patrimonio fideicometido (Artículos 766, 775, 776, 777, 783 y 784 C. de c.). Por el hecho de no ingresar el patrimonio fideicometido en el patrimonio del fiduciario, no se trata de negocio de atribución patrimonial*". (Vásquez Martínez, Edmundo. *op. cit.*, pag. 668); e "*Insistimos que el fiduciario tiene un poder de disposición sobre los bienes fideicometidos de naturaleza especial. La especialidad consiste en que únicamente puede realizar actos que sean necesarios para cumplir con los fines para los cuales se instituyó. Por ello, y aunque el término corece de una significación precisa en la doctrina, se prefiere decir 'titularidad' para no recurrir al término 'propiedad'*". (Villegas Lara, René Arturo. *op. cit.*, pag. 153).

Consideramos, que no obstante la voluntad del legislador fue la que al fiduciario se transmita en propiedad del patrimonio fideicometido, hubiese sido mejor si el legislador hubiere dejado claramente definido dicho aspecto, para que el mismo no se preste a diversas interpretaciones.<sup>30</sup>

Por lo que concluimos en este punto, que al igual que en el Código Civil de 1964, la regulación del fideicomiso en el Código de Comercio mantuvo la característica que los bienes fideicometidos se transmitían en propiedad al fiduciario.

En cuanto a los antecedentes doctrinales de la regulación del fideicomiso en el Código de Comercio, consideramos que dicha regulación está influida por las ideas de Lepaulle del patrimonio afectación.<sup>31</sup>

Dicha influencia se puede apreciar en el artículo 766, que establece que los bienes se afectan a un fin determinado, y en el artículo 777 que establece por lo que responde el patrimonio fideicometido.

Por su parte la Exposición de Motivos del Código de Comercio reconoce esta influencia al indicar sobre la regulación del fideicomiso, “*Se incluyen disposiciones para determinar desde cuando surte efectos el fideicomiso en cuanto a terceros, según la clase de bienes aportados y se limita la responsabilidad del patrimonio fideicometido, como un patrimonio separado y de afectación.*”<sup>32</sup>

De lo anterior deducimos que si bien existe una transmisión de propiedad al fiduciario, esta propiedad constituye un patrimonio separado, es decir, no se mezcla con los bienes del fiduciario, y esta afecta a un fin determinado.

30 En este punto es interesante hacer referencia a la regulación del fideicomiso en México por la posible influencia que pudo ejercer dicha regulación en nuestra legislación. Recordemos que en la elaboración del Código de Comercio participaron renombrados juristas mexicanos, entre ellos Barrera Graft, Cervantes Ahumada y Roberto Mantilla Molina. Al efecto, la nota introductoria elaborada por la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio, establece, “*Los Miembros de la Comisión dejamos constancia de que nuestro trabajo contamos todo el tiempo con el estímulo de eminentes juristas Centroamericanos y Mexicanos. Entre ellos podemos mencionar (...) a los licenciados Roberto Mantilla Molina y Jorge Barrera Graf y especialmente al Doctor Raúl Cervantes Ahumada, cuya valiosa colaboración fue siempre oportuna, todos ellos catedráticos de Derecho Mercantil de la Universidad de México.*” (Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio. Proyecto de Código de Comercio de Guatemala. Impreso por el Banco de Guatemala. Guatemala, mayo de 1968). El fideicomiso en México ha tenido una larga historia, tiempo en el cual ha sido regulado de distintas maneras. En un principio, siguiendo los primeros estudios de Alfaro, fue concebido como un mandato irrevocable, y posteriormente, como una afectación patrimonial a un fin. No obstante, expone Batiza, la regulación del fideicomiso en México es deficiente, por cuanto no se reguló lo relacionado sobre la propiedad de los bienes fideicometidos o sobre la titularidad del patrimonio afecto. Al respecto el jurista mexicano expone, “*La deficiencia técnica fundamental (...) es el resultado de la mutilación que se hizo al mecanismo peculiar de la institución al privarsele de su efecto traslativo de dominio. En las leyes de 1926 este efecto traslativo fue reemplazado por una entrega de bienes, por mas que dicho hecho se admitía en otras disposiciones; en la ley vigente, la mutilación persiste porque consagra la idea de la ‘afectación’ preconizada por Lepaulle, pero sin admitir, como lo hacía este autor, que el sujeto de derecho encargado es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación. Dicho autor, al observar el funcionamiento del trust y al describirlo exteriormente reconocía que un propietario, el settlor, transmite determinados bienes, total o parcialmente, a un tercero llamado trustee, único designado como ‘propietario’ de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro. Resulta curioso notar que, al incorporar en forma trunca la construcción de Lepaulle, el legislador mexicano se adelantó a la transformación ulterior sufrida en el pensamiento de este jurista, que no sólo no se ajusta a los principios del trust anglosajón, sino que francamente los desnaturaliza*”. (Batiza, Rodolfo. *Ibid.* Pag. 155). Sin embargo el jurista mexicano Pablo Macedo, quien tuvo participación en la elaboración de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es el cuerpo legal donde se regula al fideicomiso en México, expone el porque se consideró adecuado regular el fideicomiso de esa forma, sin establecer la situación jurídica de los bienes fideicometidos. Al efecto expone, “*La idea del patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y pasó a serlo en la ley pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos construir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica, por ejemplo. Nos limitamos a conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a ese carácter, categoría de propiedad. La razón para proceder así consistió en que cuanto más se profundizaba el estudio, más numerosas resultaban las teorías sustentadas por los autores consultados (...). (...) se optó por configurar el fenómeno con la mayor claridad posible, en su contenido y en sus efectos, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia que, en cumplimiento de sus funciones propias, estudiaran el problema y propusieran, si fuese posible, una solución que mereciera un final consenso*” (Macedo, Pablo. *El Fideicomiso Mexicano*. Artículo contenido en el libro *Tratado Teórico y Práctico de los Trust*. Pag. 26). Posteriormente, las cortes mexicanas, establecieron jurisprudencia en cuanto al efecto traslativo de dominio de los bienes al fiduciario.

31 Rodríguez Azuero, considera que la regulación del fideicomiso en Guatemala y México, consagran la teoría del patrimonio de afectación (Rodríguez Azuero, Sergio. *op. cit.*, pag. 627).

32 Exposición de Motivos del Código de Comercio (*op. cit.*, pag. 67).

## Balance Final

Llegado al final de este artículo consideramos importante recalcar lo que se expuso en la introducción, en el sentido que el conocimiento de la historia de la adaptación del fideicomiso en nuestra legislación, es importante para efectos de comprender su actual regulación.

Consideramos que bajo la regulación del fideicomiso en el Código de Comercio, existe una transmisión de propiedad de los bienes fideicometidos al fiduciario, no obstante esta propiedad constituye un patrimonio separado y afectado a un fin.

No obstante consideramos adecuado, que para evitar cualquier duda, la regulación del fideicomiso establezca en forma expresa (como la anterior regulación del Código Civil) la transmisión en propiedad al fiduciario de los bienes fideicometidos.

## Bibliografía

### Libros

Batiza, Rodolfo. **El Fideicomiso (Teoría y Práctica)**. Editorial Jus. México.

Bollini Shaw, Carlos y Bonco Villegas, Eduardo. **Manual para Operaciones Bancarias y Financieras**. Tercera Edición. Editorial Abeledo-Perrot.

Cruz, Fernando. **Instituciones de Derecho Civil Patrio**. Tomo II. Tipografía El Progreso. Guatemala 1884.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. **El Fideicomiso**. Séptima Edición Actualizada. Editorial Porrúa. México 1997.

Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín. **Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil**. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas.

Lepaulle, Piere. **Tratado Teórico y Práctico de los Trusts**. Editorial Porrúa, S.A. México 1975.

Marzorati, Osvaldo J. **Derecho de los Negocios Internacionales**. Editorial Astrea. Buenos Aires 1993.

Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos Bancarios**. Biblioteca Felaban. Cuarta Edición.

Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de Derecho Mercantil**. Serviprensa Centroamericana, Guatemala, C.A. 1978.

Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco. Tomo III**. Editorial Universitaria. Guatemala, Centroamérica. 1988.

Ojeda Salazar, Federico. **Informe y Exposición de Motivos del Código Civil Guatemalteco**. Casa Editora Gómez Robles.

### Artículos

Montes de Oca, Angel M., y Mareda, Silvia. **El Contrato de Fideicomiso. Aspectos Generales de la Figura y su Necesidad de Regulación en el Ambiente Local**. "Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera". Julio-Dic 1993. N° 16/18.

Terrazas Ponce, Juan David. **Orígenes y Cuadro Histórico del Fideicomiso**. "Revista Chilena de Derecho". Volumen 25, N° 4. Octubre y diciembre de 1998.

### Disposiciones Legales

Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio. **Proyecto de Código de Comercio de Guatemala**. Impreso por el Banco de Guatemala. Guatemala, mayo de 1968.

**Exposición de Motivos del Código de Comercio**. Contendida en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín. Tomos 6, 7, 8. Enero 83.

# La Desestimación de la Personalidad Jurídica de la Sociedad en Guatemala

## Sumario:

- Introducción
- 1. Consideraciones preliminares
- 2. La desestimación de la personalidad de la sociedad en Guatemala. El Código de Comercio
- 3. Consideraciones Finales
- Conclusión
- Bibliografía

## Introducción

¿Es factible aplicar la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades en Guatemala? El positivismo jurídico es la filosofía que predomina en los sistemas jurídicos latinoamericanos, y de las distintas corrientes que lo conforman, la teoría pura del derecho es la que más se acepta y sigue. Como se sabe, el positivismo jurídico parte de la identidad entre Derecho y ley y considera que todos los casos deben encontrar una solución prevista en esta última, a la que entiende como el resultado del proceso formal legislativo, normalmente a cargo del Organismo Legislativo del Estado. Estas consideraciones son relevantes, porque tal y como lo menciona reiteradamente la doctrina mercantil, la aplicación de la teoría de la oponibilidad de la personalidad jurídica como también se le llama, ha sido por la vía del desarrollo jurisprudencial, aunque existen ya algunas experiencias legislativas, consistentes en fijar en una ley los supuestos de procedencia de esta teoría. Tal es el caso de México con el proyecto de Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria. En tal sentido, dentro de un esquema positivista en el que aún no haya una ley que regule la procedencia del *levantamiento del velo corporativo*, todo dependerá de la amplitud de los jueces en cuanto a desestimar la personalidad jurídica de la sociedad y llegar hasta

las personas de los socios de ésta, mediante la aplicación de principios generales del Derecho en situaciones que no encuentran una regulación legal específica pero que implican la lesión a alguno de esos principios, al menos según la perspectiva del Juez.

En el caso de Guatemala, el Código de Comercio no contiene ningún artículo que faculte al Juez para no detenerse en lo estipulado en el primer párrafo del artículo 14, sino por el contrario, desestimar la personalidad jurídica de la sociedad y llegar hasta los socios de ésta para atribuirles las consecuencias jurídicas de determinada situación en la que la sociedad fue parte. También es posible afirmar que aún en nuestros días, la aplicación del razonamiento lógico formal con base en el silogismo, característico de la teoría pura del Derecho, sigue teniendo enorme influencia en los jueces guatemaltecos. Ante este escenario, bien podría concluirse de manera *a priori* que la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades no es aplicable en nuestro medio. Así que lo único que restaría sería encontrar alguna norma en el Código de Comercio, que aunque no regule la materia de manera expresa, contenga supuestos que al interpretarse, puedan ser utilizados por litigantes y jueces como fundamento para la procedencia de esta teoría. Responder la pregunta con la que se inicia esta introducción, pretende ser el objeto de esta ponencia.

## 1. Consideraciones Preliminares

Para tratar de encontrar la norma del Código de Comercio que permita la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de las

sociedades en Guatemala, en esta ponencia se propone como recurso partir de la noción que la doctrina del hemisferio tiene sobre la personalidad jurídica de la sociedad, pasando luego a los efectos que genera la aplicación de la mencionada teoría y finalmente, analizar los supuestos de procedencia que por vía jurisprudencial o legislativa se han desarrollado. Terminado este proceso, restará tratar de ubicar la norma del Código de Comercio de Guatemala que en alguna medida haga referencia a esas corrientes doctrinarias, a las consecuencias de la aplicación de dicha teoría y al supuesto que las genera. Ya que como se ha advertido, en Guatemala no existe una disposición legal relativa a las sociedades mercantiles que permita al Juez no detenerse ante la personalidad de la sociedad, sino *penetrar* la misma hasta llegar a sus socios, la conclusión sobre la factibilidad o no de la aplicación de esta teoría en casos concretos en nuestro medio, tendrá que basarse en una mayor o menor aproximación de la norma y sus elementos respecto de aquellos elementos doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos de otros sistemas que sirvieron inicialmente como punto de partida.

Tradicionalmente se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la personalidad de la sociedad mercantil. Esta discusión comienza desde el análisis sobre si la sociedad es un contrato o no, ya que parte de la argumentación en contra era precisamente que los contratos no generaban personas jurídicas. Superada esta discusión con la aceptación mayoritaria de la doctrina sobre la existencia de los contratos de organización, la misma se llevó al plano de la comparación de las personas físicas respecto de las personas colectivas o morales. Durante mucho tiempo, la explicación generalmente aceptada era que las sociedades, como toda persona colectiva, eran una ficción del Derecho; de ahí que hasta nuestros días a esta postura doctrinaria se le conozca como “Teoría de la Ficción”. Posteriormente, otro sector doctrinario propuso que en el caso de las sociedades, éstas no son una ficción del Derecho sino una realidad. Reducir el problema de la personalidad de las personas colectivas a una equiparación a las personas físicas era un error. Al respecto, la cita de Richard y Muñio es elocuente: *“Los sistemas precedentes tienen un punto en común: para ellos no hay mas personas realmente existentes que el ser humano. Desde el punto de vista filosófico, esto no se discute; ser una persona, en efecto, supone en este sentido estar dotado*

*de conciencia y voluntad, condición que sólo se encuentra en el ser humano. Pero desde el punto de vista del derecho, ser una persona, estar dotado de personalidad, son términos que tienen un alcance mucho más amplio, significando poder ser sujeto de derechos y obligaciones”*. La discusión se torna más interesante, cuando la “Teoría de la Realidad” evoluciona a un estadio superior, sirviendo de base para quienes argumentan que las sociedades, al no ser ficciones sino sujetos reales de Derecho, tienen también capacidad de ejercicio. Hasta hoy sigue esa discusión. Y es en esta parte en donde otro sector de la doctrina ha introducido una especie de tercera postura: más que tratarse de un problema de capacidad, se trata de un problema de imputación; en otras palabras, lo determinante es si el acto realizado por quien represente a la sociedad puede ser imputado a ésta o no. Aunque actualmente esta es la base para analizar la doctrina *ultra vires*, para efectos de esta ponencia resulta importante ya que precisamente la imputación del acto a la sociedad implica como antecedente reconocer que ésta es un sujeto de derecho distinto a las personas que la conforman y que precisamente es su personalidad jurídica la que le permite servir de “centro de imputación, como una forma de poner un paréntesis separando ciertas relaciones”. En su obra “Curso de Derecho Societario”, Ricardo Nissen dice: *“En en el caso de las sociedades comerciales, el reconocimiento de su personalidad jurídica se funda en fines eminentemente prácticos, pues satisface múltiples necesidades del mundo de los negocios (...)”*. En tal sentido, actualmente la sociedad es considerada como un sujeto de derecho, que gracias a su personalidad jurídica, sirve de centro de imputación de relaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones, permitiendo que las mismas no sean imputadas a los socios individualmente considerados y a la vez, que por las obligaciones que se generen responda su patrimonio y no el de aquellos.

La exposición de motivos de la Ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales de Argentina) fija de manera contundente la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades hoy en día:

*“Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica, y de este modo, como lo señalara en otra oportunidad uno de los redactores, la sociedad resulta*

*así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley - revñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad - ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que exceden las razones de su regulación".* (el resaltado es propio).

Aunque de una manera más concisa, la exposición de motivos del proyecto de ley de la Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria de México, se pronuncia de manera similar en cuanto a la relatividad de la personalidad jurídica de las sociedades:

*"Si bien es cierto que la figura de la personalidad jurídica societaria independiente es uno de los ejes de cualquier sistema económico, pues ofrece a los individuos la seguridad jurídica de que en condiciones de normalidad, los actos de la persona moral -en general, una sociedad de capitales- no trascenderán a la esfera jurídica de quienes la integran, también lo es que situaciones de abuso tienen lugar cuando la persona jurídica es utilizada para evadir la aplicación de la ley, incumplir obligaciones y en general instrumentar actos para conseguir propósitos ilícitos, aunque no necesariamente sean de naturaleza delictiva."* (el resaltado es propio).

El elemento en común de las exposiciones de motivos citadas es la referencia al fin ilícito como el supuesto por el que procede desestimar la personalidad jurídica de la sociedad. Es importante tener presente que se refiere al fin perseguido por quienes constituyeron la sociedad; lo ilícito es el fin que los socios persiguen al valerse de ese recurso técnico que es la personalidad de un sujeto de Derecho distinto a ellos, que sería la sociedad. De esta forma, deviene necesario abordar el tema del fin perseguido por los socios.

En la teoría general de las sociedades, el término "fin" se encuentra estrechamente relacionado con los de "causa" y "objeto". En atención al propósito de esta

ponencia se hace conveniente distinguirlos. Hablar de la "causa" implica volver a la teoría contractual del Derecho Civil, y traer a colación la discusión sobre si la causa es un elemento del contrato o no. Para efectos de esta ponencia, es suficiente con recordar que uno de los aportes de la corriente clásica de la causa fue la distinción entre la causa del contrato y "las motivaciones individuales de las partes". De esta forma, la causa estaba determinada por la naturaleza del contrato en tanto que los motivos individuales de las partes eran esencialmente variables y consistían en las intenciones de los sujetos intervinientes en el contrato. El hecho que estos motivos permanecieran en la esfera interna de las partes contratantes fue una de las razones por las que la corriente anticausalista desestimó la causa como elemento del contrato, especialmente en cuanto a la diferencia entre causa y fin. Designada como "neocausalismo", un sector de la doctrina vuelve a propugnar por restituir aquella distinción. Llevando esta discusión a la teoría general de las sociedades, la doctrina contemporánea ha superado la noción que en los contratos sociales la causa sea el ánimo de lucro, sino más bien se pronuncia porque la causa está constituida por la aspiración que los socios tienen de contar con un medio común del cual valerse todos, ya que a través del mismo cada uno intentará lograr la realización de sus propias motivaciones. En este orden de ideas, esa aspiración de contar con un medio común es lo que la teoría societaria denomina "fin común". Este "fin común" es lo único que los socios exteriorizan en su actuación; sus motivaciones personales siguen estando en su fuero interno. Este aspecto es el que se identifica con el "fin" que la corriente clásica distinguió de la "causa" en el campo del derecho civil. Por último, el término "objeto" que con frecuencia aparece asociado a los de "fin" y "causa" en el derecho de sociedades, se refiere al objeto social, es decir, al conjunto de actividades que ese nuevo sujeto que es la sociedad puede realizar. De esta forma se complementan las ideas unas con otras: los socios contratan (causa) porque todos tienen en común (fin común) querer contar con un medio (la sociedad), a través de cuya actuación (mediante la ejecución de su objeto social) puedan lograr cada quien sus motivaciones (fines) particulares. Las sociedades tienen objeto en tanto los socios tienen fines.

Hecha esta distinción y siguiendo la secuencia que se sugirió al inicio, corresponde ahora finalmente abordar el tema sobre las consecuencias de la

aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad de las sociedades. Sobre este tema se ha discutido y escrito mucho. Como se mencionó con anterioridad, en gran parte ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de ir fijando esas consecuencias conforme fue descubriendo los casos de procedencia de esta teoría, sin olvidar que se cuenta ya con algunas leyes que recogen estas experiencias. Así que elaborar una lista que contenga esos efectos es en este momento imposible. Sin embargo, la doctrina se ha encargado de precisar en términos generales los supuestos de procedencia de la aplicación de esta doctrina. El trabajo de Carmen Boldó Roda es quizás uno de los más valiosos y ejemplificativos al respecto. Sin importar cuál sea el supuesto de procedencia, es posible identificar un efecto común en todos los casos: la imputación de las consecuencias jurídicas directamente a los socios individualmente considerados. Tal y como se indica en el artículo *“La inoponibilidad de la persona jurídica societaria y el Art. 54 tercer párrafo de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales”* *“al no cumplir las personas con las condiciones de uso que el legislador establece, la disciplina jurídica especial de la personalidad jurídica es apartada y las obligaciones y los derechos se imputan a aquéllas”*. Al comentar los efectos que la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina establece respecto de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, el mismo artículo citando a Otaegui indica: *“Ante el incumplimiento de las condiciones legales de uso de la disciplina de la persona jurídica por el apartamiento de la causa fin del negocio societario, la ley prevé la imputación directa de la actuación al socio o controlante que hicieron posible el acto lo cual importa que el agente involurado queda obligado personalmente por las obligaciones de la sociedad o, en otras palabras, la aplicación concreta para tales sujetos de las normas que quisieron ser evitadas tras la máscara de una sociedad mereantil”*. Por su parte, el proyecto de Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria de México, establece en su artículo 7o. que *“por desestimación de la personalidad jurídica se entenderá la resolución de la autoridad por la que se extiende la responsabilidad civil de las personas morales a sus integrantes o a terceros, en los supuestos normativos establecidos por esta ley”*. Así pues, como dice la doctrina, la consecuencia de esta teoría es la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad y por lo tanto la posibilidad del Juez de llegar hasta los socios individualmente considerados para imputarles las

consecuencias jurídicas, que en situaciones normales, hubieran sido imputadas *antes* a la sociedad.

Hasta aquí la revisión previa de las nociones procedentes que se había mencionado.

## 2. La desestimación de la personalidad de la sociedad en Guatemala. El Código de Comercio

Corresponde ahora determinar la existencia o no de una norma en el Código de Comercio que permita desestimar la personalidad jurídica de la sociedad. Conviene recordar que en Guatemala, dentro del Código de Comercio no existe un artículo que específicamente se refiera a esta materia, como tampoco nuestro ordenamiento cuenta con una ley específica al respecto y menos, con desarrollo jurisprudencial. Así que como se mencionó, el ejercicio consistirá en encontrar alguna norma en el Código de Comercio que participe en alguna medida con las nociones generales planteadas en el punto anterior. La conclusión se obtendrá según el mayor o menor acercamiento de los elementos de la norma respecto de esas nociones generales. El artículo 222 del Código de Comercio de Guatemala literalmente dice:

*“Artículo 222. Sociedades con fin ilícito. Las sociedades que tengan fin ilícito serán nulas, aunque estén inscritas. La nulidad podrá promoverse en juicio sumario y ante un Juez de Primera Instancia de lo Civil, por cualquier interesado o por el Ministerio Público y tendrá como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad”*. (el subrayado es propio).

Analizando este artículo:

a) Contrario a lo que comúnmente se cree, el artículo no se refiere a las sociedades con objeto ilícito. Se refiere al *fin ilícito*. Como quedó explicado, tanto en la teoría general de los contratos como en la teoría general de las sociedades, el fin se refiere a las motivaciones de los contratantes y en el caso específico de las sociedades se diferencia del objeto social en que éste lo constituyen las actividades que la sociedad habrá de ejecutar. A diferencia de la nuestra, un número considerable de legislaciones regulan las sociedades con *objeto ilícito*. Recuérdese que las sociedades tienen objeto y solamente las personas tienen fines.

b) En tal sentido, el supuesto de este artículo lo constituye la motivación (fin) ilícita de los socios contratantes. En este aspecto, se encuentra el primer acercamiento con las nociones generales de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, en cuanto a supuesto de procedencia se refiere.

c) Establecido el supuesto, procede analizar la consecuencia. En el caso de la teoría de la desestimación de la personalidad, la consecuencia es la imputación de los efectos a los socios directamente. En el caso del artículo 222, la consecuencia es la declaratoria de nulidad de la sociedad. Congruente con el principio doctrinario de protección a terceros de buena fe, si bien el artículo establece que serán nulas, impone la necesidad de seguir un proceso tendiente a obtener esa declaración, debiendo tener presente los efectos *ex nunc* que genera esa nulidad, distintos a los efectos de la nulidad típica del derecho civil. Es decir, surtirá efectos desde ese momento. Y la consecuencia de ser declarada nula, es que la sociedad deberá disolverse y liquidarse. En este aspecto, el artículo 222 pareciera ser que se aleja de las nociones generales de la teoría de la desestimación de la personalidad, al no imputar las consecuencias directamente a los socios. Sin embargo, puede no ser así. En efecto, el artículo puede interpretarse tratando de analizar qué pasa con los socios de la sociedad que habiendo sido declarada nula, se disolvió y liquidó. La disolución y liquidación de la sociedad implica para los socios que ya no hay persona jurídica distinta a ellos que funcione como centro de imputación de consecuencias jurídicas. La jurisprudencia y la legislación positiva comentadas por la doctrina coinciden en que el efecto de la desestimación de la personalidad jurídica no conlleva la nulidad de la sociedad; ésta sigue existiendo aún y cuando en un caso determinado no funcionó como centro de imputación diferente a los socios. Aunque la extinción de la sociedad y la desestimación de la personalidad de ésta para un caso determinado son situaciones jurídicas distintas, puede interpretarse que en esencia en ambos casos el resultado es el mismo respecto de los socios: no hay un centro de imputación de consecuencias jurídicas distinto a sus personas. En tal sentido, el alejamiento del artículo 222 de las nociones generales de la teoría de la desestimación podría atenuarse con esta interpretación y revertirse el efecto, por lo que interpretado de esta forma, el artículo podría tener un elemento más de acercamiento a las nociones generales de esa teoría.

d) En este orden de ideas, debe tenerse presente que los fines ilícitos que determinaron la nulidad de la sociedad y su consecuente extinción, son los de los socios. Así que una vez disuelta y liquidada la sociedad, habiéndose cumplido con el procedimiento que la ley establece para satisfacer a los acreedores sociales, la vista debe volverse a los antiguos socios a efecto de deducirles las responsabilidades generadas por el fin ilícito perseguido por ellos, ya que como dice Richard y Muiño “*las múltiples finalidades de los socios se objetivan así en dos datos causales finalísticos, uno estructural, organizarse en un ente personificado, y otro funcional, el objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común a través del ente constituido*”. En otras palabras, la extinción de la sociedad debe verse respecto de los terceros con quienes la sociedad se ha relacionado (de la sociedad hacia afuera), para con quienes los socios tienen responsabilidad según el tipo de sociedad de que se trate (lo que la doctrina llama “tipicidad de segundo grado”). Respecto del tercero que se considera afectado por el fin ilícito perseguido por los socios a través de la sociedad y que no encuentra en la disolución y liquidación de la sociedad su resarcimiento, podría ir directamente contra los antiguos socios demandando el mismo. Si este artículo regulara las consecuencias previstas en los artículos 223 y 224 del Código de Comercio en cuanto a hacer solidariamente responsables a los socios, su uso como medio para aplicar la teoría de la desestimación de la personalidad sería mucho más claro. Como no es así, la posibilidad de llegar hasta los socios debe verse como consecuencia de que la persona jurídica ya no existe

### 3. Consideraciones Finales

Si se acepta que el artículo 222 puede ser interpretado de la forma expuesta, aún y cuando eso permitiría la inoponibilidad de la personalidad de la sociedad en Guatemala, el supuesto de procedencia del mismo únicamente sería el que los socios hayan perseguido un fin ilícito a través de la sociedad. Esto implica varias cosas: en primer lugar, habrá que determinar qué constituye que un fin sea ilícito. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “*ilícito*” significa “*no permitido legal o moralmente*” por lo que dentro de esta definición cabrían tanto las situaciones que constituyen delito como las que no. En segundo lugar, ya que el fin son las motivaciones de los socios y éstas residen en su fuero interno, habrá que buscar la *evidencia* de los mismos a través de

su exteriorización en actos sociales con la finalidad de encontrar la figura jurídica adecuada que permita deducir responsabilidades a los socios, tales como la simulación, el fraude de ley o el abuso de Derecho, si no se ha generado algún delito. Es importante mencionar que el uso de tales institutos no se haría para desestimar la personalidad de la sociedad sino para encontrar el medio adecuado de deducir responsabilidades a los socios por los fines ilícitos perseguidos. En nuestro caso, la desestimación de la personalidad es más bien el resultado de la extinción de la sociedad.

## Conclusión

En Guatemala, dentro del Código de Comercio no existe ningún artículo que regule expresamente la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica de la sociedad y asignar consecuencias jurídicas directamente a los socios así como dentro del ordenamiento jurídico en general tampoco existe una ley específica al respecto. La exposición de motivos del Código de Comercio no desarrolla este artículo y respecto de las sociedades irregulares y de hecho únicamente dice que *“se siguen muy de cerca las disposiciones del código vigente”*. El Código de Comercio anterior al actual era el Decreto 2946 y no regula a las sociedades con fin ilícito. Guatemala sigue una tradición jurídica positivista, específicamente en la corriente concerniente a la teoría pura del Derecho, en donde la aplicación del silogismo jurídico y la plenitud hermética del Derecho son los aspectos más relevantes. En tal sentido, un desarrollo meramente jurisprudencial que vaya creando los supuestos de procedencia de esta teoría en Guatemala sin existir normas positivas que la sustenten es sumamente difícil, por no decir imposible. Ante esta realidad, la única forma de aplicar esta teoría en Guatemala sería buscando como fundamento positivo de la misma alguna norma cuyos elementos coincidan en buena medida con los elementos esbozados por las nociones generales de ésta. Interpretando que el fin es la motivación interna que cada una de las partes tiene al otorgar un contrato, el artículo 222 del Código de Comercio puede ser interpretado en el sentido que la ilicitud a la que se refiere es a la de las motivaciones personales de los socios y no al objeto social. De esta forma, la sociedad pudo haber actuado lícitamente, aunque el fin de los socios haya sido ilícito. La consecuencia final del supuesto previsto en el artículo es la extinción de la sociedad. Al no

existir la sociedad, ese recubrimiento de licitud devenido de actos lícitos en función de un objeto también lícito, ya no existiría. El Juez ya no tiene ante sí una persona jurídica ante la cual detenerse, en cumplimiento de lo que dicta el artículo 14 del mismo Código por lo que las consecuencias de la ilicitud de los fines de los socios podrán ser asignadas directamente a éstos. Sin embargo, al final será siempre un asunto de interpretación.

## Bibliografía

1. BOLDO RODA, Carmen. El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
2. BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades (3 tomos). Editorial UTHEA, Buenos Aires, 1960.
3. CAZALI LEAL, Luis Pedro. Efectos del objeto en la capacidad de las sociedades mercantiles. Tesis de graduación, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1997.
4. NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría general de las sociedades. Editorial Legis, Bogotá, 2002.
5. NISSEN, Ricardo. Curso de derecho societario. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
6. RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. Derecho societario. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
7. VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las sociedades comerciales. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

## Artículos publicados en internet:

1. “La inoponibilidad de la persona jurídica societaria y el Art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 de sociedades comerciales”.
2. “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima” [www.zur2.com/fcjp/116/zerpa.htm](http://www.zur2.com/fcjp/116/zerpa.htm)
3. “La ilicitud y la imposibilidad jurídica del objeto del contrato” [www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/1980/julio-diciembre/ilicitud..html](http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/1980/julio-diciembre/ilicitud..html)

4. "De la existencia de sociedad comercial" <http://orbita.starmedia.com/tododerecho/ley19550.htm>

**Leyes:**

1. Código de Comercio de Guatemala
2. Exposición de Motivos del Código de Comercio de Guatemala, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Nos. 6-7-8 Noviembre, Diciembre 1982, Enero 1983
3. Exposición de Motivos del proyecto de ley de la Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria, Gaceta Parlamentaria de México [www.senado.gob.mx/gaceta/131/iniciativa\\_sen\\_galvan.html](http://www.senado.gob.mx/gaceta/131/iniciativa_sen_galvan.html)

4. Ley No. 19.550: Ley de Sociedades Comerciales de Argentina [www.juridicc.com.ar/leyes/leysoc.htm](http://www.juridicc.com.ar/leyes/leysoc.htm)
5. Ley General de Sociedades Comerciales de México [www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro4/14p2tlcl.html](http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro4/14p2tlcl.html)
6. Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, España [www.porticolegal.com/textos/47/47\\_Cl\\_C2.php](http://www.porticolegal.com/textos/47/47_Cl_C2.php)
7. Ley No. 16.060: Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ley16060.htm>
8. Código de Comercio de Colombia <http://ln.doubleclick.net/adi/tr.ln>

**“AUNQUE ESTÉS EN EL CAMINO CORRECTO, TE  
ATROPELLARÁN SI SÓLO TE SIENTAS ALLÍ.”**

(Herbert Hoc)

“EL CRITICISMO CIENTÍFICO NO TIENE  
TAREA MÁS NOBLE QUE DERRIBAR LAS  
CREENCIAS FALSAS.”

(Ludwig von Mises)

# El Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Marítimo: Responsabilidad Civil por Derrames de Combustibles

## Sumario:

- Introducción
- Breves notas preparatorias
- 1. Origen del Particularismo del Derecho Marítimo
- 2. Régimen General de la Limitación de la Responsabilidad Civil del Armador
- 3. Régimen Internacional de la Responsabilidad Civil en Caso de Derrame de Combustibles
- 4. El Caso del B/T Prestige
- 5. Comentarios finales al caso
- Conclusión
- Bibliografía

## Introducción

La Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín ha tenido a bien abordar la doctrina del levantamiento del velo corporativo en un seminario y, para este propósito, ha invitado a los integrantes del claustro a tomar parte en tan interesante e innovador tema.

A boca de jarro, tal doctrina pareciera no despertar demasiado interés para el Derecho Marítimo, donde existe una “*tradicional opacidad de las relaciones de propiedad y explotación de los buques mercantes*”.<sup>2</sup> Esto ha respondido a ancestrales necesidades del negocio marítimo y que han hallado respuesta en un número considerable de instituciones propias de esta rama del Derecho. No obstante, un examen superficial de las implicaciones de tal doctrina debe encender señales de alarma que hagan imperativo profundizar de inmediato en ella.

En particular, el caso del accidente del Buque Tanquero (B/T) PRESTIGE es una muestra de la forma como se opera en el segmento del transporte marítimo de crudos a granel en estos días. La magnitud de los daños y la manera como se siguen produciendo parece haberle impreso un giro especial a los acontecimientos, ya que se encamina a convertirse en un caso emblemático de los derrames. Una de sus aristas apunta, entre otros aspectos, a que se pretenda llegar más allá de las soluciones que el propio Derecho Marítimo ha desarrollado para atender los asuntos de la responsabilidad civil en caso de derrames de petróleo y sus derivados, de manera de poder reclamársela directamente a los intereses que se colocan detrás del velo corporativo.

Por ello, se emprende con prudencia el abordaje de esa relación entre la doctrina del levantamiento del velo y el Derecho Marítimo, con el propósito de aportar algunas ideas a la reflexión y al debate que tendrán lugar en el seminario indicado.

## Breves notas preparatorias

Para estas breves notas, se encuentra apropiado comenzar con unas líneas que indiquen el origen de las soluciones propias del derecho marítimo; acto seguido, vendrá un recuento de las soluciones internacionales para la limitación de la responsabilidad civil por derrames de hidrocarburos; luego seguirá un análisis del caso del B/T PRESTIGE a la luz de la información que le precede; por último,

1 Abogado; práctica internacional en Derecho Marítimo y de la Pesca; Post-Grado en Derecho Marítimo, ex Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante (Venezuela), Catedrático Titular en las Universidades Rafael Landívar y Francisco Marroquín (Guatemala).

2 Gabaldón García, José Luis y Ruiz Soroa, José María: Manual de Derecho de la Navegación Marítima, p. 663.

se presentarán algunas conclusiones preliminares que, se espera, sean consistentes con el desarrollo del trabajo.

## 1. Origen del Particularismo del Derecho Marítimo

Desde tiempos ancestrales, la navegación ha estado sujeta a riesgos y peligros considerables, superiores siempre a los de las actividades terrestres. Inicialmente animados en gran parte por la superstición, como la creencia en monstruos mitológicos que acechaban en los mares (*c.f.*, Escila y Caribdis),<sup>3</sup> hallaron su mayor fundamento en los reales peligros del mar, particularmente de naturaleza atmosférica y meteorológica, así como en la fragilidad de las naves y en lo rudimentario de la navegación de la época.

La navegación ha enfrentado riesgos propios, típicos de ella, como las trombas marinas, tormentas, marejadas, corrientes, etc. Son los llamados “riesgos de mar”. Además, los mismos riesgos que se ciernen en tierra aumentan considerablemente en el mar: Por ejemplo, un incendio en una instalación en tierra es, sin lugar a dudas, peligroso, pero en un buque que se encuentra en alta mar lo es todavía más, por la imposibilidad de escapar a las llamas o a una explosión, como no sea en embarcaciones más precarias para el rigor del océano. Estos son los denominados “riesgos en el mar”.

Esta situación de riesgos y peligros trajo como resultado la reacción del Derecho. Éste se afanó en encontrar soluciones que acomodaran a las peculiares características de esta actividad y que la hicieran viable económicamente, advirtiendo su importancia capital para la vida de las naciones marítimas de la antigüedad. Así nacieron instituciones como el *foenus nauticum* (o *pecunia traiectitia*) y la *Lex Rhodia de Iactu*, tan atinadas y sensatas que aún hoy existen, con mínimas evoluciones.<sup>4</sup>

Es verdad que las mejoras tecnológicas han sido aprovechadas por la actividad marítima e incorporadas a ella, especialmente, en virtud de la experiencia. A modo de ejemplo, puede citarse que el Convenio sobre Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS, por sus siglas en inglés) “*es uno de los más antiguos de su género [pues] la primera versión se adoptó en 1914, tras el hundimiento del Titanic que costó la vida a más de 1.500 personas*”.<sup>5</sup> La adopción de mejoras podría llevar a pensar que soluciones tan particulares ya no serían necesarias, a la luz de la mayor tecnificación de la actividad y al desaparecer, en apariencia, las razones que las han motivado. Sin embargo, al ir en aumento la seguridad y certeza técnica de la explotación marítima, se ha aprovechado para que, paralelamente, crezcan considerablemente los intereses económicos que concurren a ella. Como resultado, las consecuencias de un eventual accidente también han crecido en progresión geométrica. Esto ha sido notable en el transporte a granel de hidrocarburos. Entonces, otros riesgos han surgido de la evolución de la navegación, lo que permite afirmar que aún se justifica el mantenimiento de un régimen especial para determinadas actividades, entre ella, la marítima.

## 2. Régimen General de la Limitación de la Responsabilidad Civil del Armador

Como consecuencia de lo anterior, se observa que existe todo un andamiaje jurídico destinado a limitar la responsabilidad del armador que se vea involucrado en determinado tipo de eventos. El fin es crear un ambiente apropiado para traerle sosiego y dejarle desenvolverse con riegos calculados.

Es posible ver una de sus manifestaciones más generales en el asunto que se refiere a la personalidad del buque y su abandono a los acreedores. Aunque se trata de un bien mueble (sujeto en muchos Estados a requisitos de publicidad por vía de registro de su propiedad y algunos gravámenes, como la hipoteca), se

3 Han sido mencionadas en La Odisea de Homero como los monstruos que guardaban el estrecho de Mesina, entre la península itálica y Sicilia respectivamente, a los cuales hubo de enfrentarse Ulises en dos ocasiones durante su travesía, una cada uno. La mitología griega ha elaborado más respecto a ellos. Por cierto, Caribdis es un accidente geográfico que existe realmente y que ha sido un peligro para la navegación desde la antigüedad, esto en auxilio de lo afirmado acto seguido.

4 La primera es hoy el llamado “préstamo a la gruesa”, antecedente según algunos del moderno contrato de seguros; la segunda, denominada “echazon”, esta recogida en la Regla 1 de las Reglas de York y Amberes de 1994, de aplicación universal en el Derecho Marítimo moderno para la liquidación de la “avería gruesa” o “común”. En Guatemala ambas instituciones se encuentran presentes en el Código de Comercio, en los artículos 1167 y ss. y 1089, ordinal 7º, respectivamente.

5 Organización Marítima Internacional, SOLAS, contraportada.

comporta muchas veces como si estuviera dotado de personalidad jurídica a efectos patrimoniales,<sup>6</sup> al margen de tener nombre, nacionalidad, domicilio, fechas de nacimiento y de muerte, etc. Sin pretender adentrarse en los vericuetos doctrinarios sobre este aspecto del buque, basta decir que el buque es deudor de sus propias deudas, al punto que puede ser abandonado por su armador con el propósito de liberarse de las acreencias que lo agobien.<sup>7</sup> El abandono a los acreedores configura una situación excepcional para liberarse de las deudas del buque sin comprometer el resto del patrimonio del armador. La norma que la consagra es especial con respecto a las que establecen la responsabilidad total del armador “*en razón de los hechos y actos del capitán y de la tripulación*”, contenida por lo regular en el Código Civil, en su apartado correspondiente a la responsabilidad civil,<sup>8</sup> y por ello se impone a aquellas que establecen que el propietario responderá de tales actos “*con todos sus bienes habidos y por haber*”.<sup>9</sup>

Otra manifestación, más especializada al caso en estudio, es la que se verá en el apartado siguiente.

### 3. Régimen Internacional de la Responsabilidad Civil en Caso de Derrame de Combustibles

A medida que se han venido dando progresos tecnológicos, las embarcaciones han ido aumentando de tamaño. Las que transportan hidrocarburos a granel no han sido la excepción. La economía de escala en esta actividad reclama el uso de buques con mayor capacidad de acarreo. El potencial de los daños de un derrame de un buque de gran calado excede ampliamente cualquier proporción que se pueda pensar en relación a los intereses participantes en la explotación marítima. La naturaleza de la carga reviste, de suyo, características que aumentan los

daños, al tratarse de sustancias persistentes en el ambiente, que son insidiosas y que no se degradan fácilmente. Por ello, a partir del accidente del B/T TORREY CANYON en 1967, en el canal inglés frente a las costas bretonas, se comenzó a edificar el sistema internacional para la limitación de la responsabilidad civil por derrames de hidrocarburos. Esta vendría a ser la segunda línea de defensa, después de los esfuerzos para la prevención de los derrames.

En efecto, lo primero es evitar que se produzca el hecho dañoso. Para el momento del derrame del B/T TORREY CANYON, ya existía el régimen de la Convención Internacional para la Prevención de Contaminación del Mar por Combustible de 1954 (OILPOL), con sus enmiendas de 1962, 1969 y 1971. Este régimen se halló insuficiente para atender derrames de la magnitud de este accidente (unas 120,000 TM de crudo) y por ello, en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI) se desarrolló el bloque de convenciones específicos para la prevención de contaminación: La Convención Internacional relativa a la Intervención en Alta Mar en caso de Daños por Contaminación de Hidrocarburos de 1969 (con su Protocolo de 1973 y sus enmiendas de 1991 y 1996), la Convención para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertimiento de Desechos y otros materiales de 1972 (con sus enmiendas de 1978, 1980, 1980, 1993 y su Protocolo de 1996), la Convención Internacional para la Prevención de Contaminación por Buques de 1973 (que, junto con su Protocolo de 1978, forman el bloque MARPOL 73/78). Tras las secuelas de ese accidente los esfuerzos en el marco de la OMI prosiguieron, con la conclusión de la Convención Internacional sobre Preparación, Respuesta y Cooperación para la Contaminación por Hidrocarburos de 1990 y aún prosiguen.<sup>10</sup> Dicho esto para ilustrar los esfuerzos multilaterales con miras a evitar estos accidentes,

6 Enríquez Rosas, David: *El Buque: Una Introducción al Estudio del Estatuto Jurídico de las Embarcaciones*, pp. 69 y 70. Se nota que, pese al atildado análisis del autor, éste sucumbe imperceptiblemente a la tentación de ver al buque dotado de personalidad procesal, seducido por la afirmación de Ripert que él mismo cita.

7 Reyero Álvarez, Rafael: *La Limitación de Responsabilidad del Armador: Proyectos de Convenios Internacionales relativos a: i) “Obligatoriedad de Seguros”, y ii) “Responsabilidad por los Daños Causados por el Combustible de los Buques”* (Ship’s Bunkers), en *Doctum*, Vol. 2, Núm. 1, Nov. 1.998 - Feb. 1.999, p. 123.

8 Pierre Tapia, Oscar R.: *El Comercio Marítimo según el Código de Comercio Venezolano*, pp. 125 y ss.

9 Los profesores Reyero Álvarez y Pierre Tapia se refieren al artículo 623 del Código de Comercio de Venezuela, pero una provisión semejante existe en el artículo 882 del Código de Comercio de Guatemala, en el aparentemente olvidado Libro III sobre el comercio marítimo. Una diferencia notable es que, en la norma venezolana, la limitación arropa sólo al propietario, mientras que la guatemalteca habla del naviero en general, con independencia de su cualidad de propietario o de simple fletador. Esta diferencia hace más amplia la limitación de la responsabilidad, al extenderla a quienes no son los propietarios, e ilustra el punto de acuñar una salida diferente a la del Derecho Común.

10 Organización Marítima Internacional: [http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic\\_id=258](http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=258) y sus vínculos.

huelga hacer mayores comentarios a los efectos de estas notas.

A diferencia de las convenciones anteriores, merece un pasaje más detenido lo que se refiere a la limitación de la responsabilidad civil que se deriva de estos accidentes. Pueden distinguirse fácilmente 2 momentos:

Antes del derrame del B/T TORREY CANYON, había países que no tenían previsión especial alguna que estableciera la responsabilidad de los buques por esta causa, la cual se basaba “*estrictamente en el principio de la falta*”.<sup>11</sup> En virtud de la Convención relativa a la Limitación de la Responsabilidad de los Propietarios de Buques de Navegación Marítima de 1957, la responsabilidad se limitaba a los valores que ella misma contemplaba; si el Estado del pabellón no era Parte de esa Convención, la “*responsabilidad se limitaba al valor total de la nave y de [su] carga*”.<sup>12</sup>

Después del accidente del B/T TORREY CANYON, hubo una reacción mundial que se tradujo en acciones efectuadas bajo 2 vertientes:

**3.1 Por el lado público se desarrollaron, en el mareo de la OMI, convenciones para asegurar las reparaciones a los que resultaran perjudicados por un eventual derrame de combustibles persistentes. Así, se tiene:**

**3.1.1 La Convención sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamos Marítimos de 1.976, adoptada el 19.11.76 y entrada en vigor el 01.12.86. Cuenta con un Protocolo de 1996<sup>13</sup>**

Esta vino a sustituir a la Convención de 1957 mencionada *supra*, que había sido adoptada ese año y que entrara en vigor en 1968.

Se trata de un régimen que no incumbe directamente a los derrames, sino a otra clase de reclamos, como lesiones personales y otros. Interesa destacar, en todo caso, el desarrollo de limitaciones a la responsabilidad civil. Se prefiere no abundar más en ello, ya que acto seguido se verán las convenciones específicas a los daños por contaminación por hidrocarburos, con mayor grado de detalle.

**3.1.2 La Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a contaminación de Hidrocarburos de 1969 (CLC), adoptada el 29.11.69 y entrada en vigor el 19.06.75. Tiene además los Protocolos de 1976, 1984 y 1992, y unas Enmiendas de 2000. Es necesario hacer algunos comentarios<sup>14</sup>**

Se pretendía establecer casos de responsabilidad objetiva al propietario del buque, ya que es más fácil determinarlo a él por los documentos de la nave que a quien explota comercialmente la nave por cualquier otro título.

Consagra la posibilidad de quedar exento de responsabilidad en supuestos graves (contemplados taxativamente, como la guerra, intervención de un tercero doloso, negligencia del gobierno encargado de mantener ayudas a la navegación y daños del causante de los daños por su dolo o negligencia).

También permite acogerse a las limitaciones de responsabilidad pertinentes cuando no haya obrado culpa o falta del armador, su capitán o tripulación, del orden de entre 4,51 millones de Derechos Especiales de Giro del Fondo Monetario Internacional (DEG) (US\$ 6,38 millones, a la conversión de US\$ 1,41655 por 1 DEG al día 28.09.03) a 89,77 millones de DEG (US\$ 127,16 millones), que es la referencia utilizada actualmente, dependiendo del tamaño del buque. Antes de los DEG se usaban Francos Poincaré.

11 Ova Ozcavir, Z.; *Limitations of Liability Problems in Case of Oil Pollution*, p. 1.

12 *Ibid*

13 Se sugiere ver en el sitio *web* de la OMI y sus vínculos, ya citados.

14 Se recomienda ver en Organización Marítima Internacional, sitio *web* citado, y Gabaldón García, José Luis y Ruiz Soroa, José María: *op. cit.*, p. 664 y ss. La sistemática de los autores españoles facilita la comprensión de esta convención pero el *website* de la OMI tiene los datos más actualizados, especialmente a la luz de la inminente entrada en vigor de la última enmienda a la CLC (adoptada el 18.10.00) el próximo día 01.11.03.

Impone contar con un seguro obligatorio para buques que transportaran cantidades mayores de 2000 TM de hidrocarburos.

Únicamente cubre a buques que transporten combustible aún cuando viajen en lastre (sin llevar carga), no así a los derrames de hidrocarburos de buques que no sean de transporte de estos productos. Crea mecanismos exclusivos y excluyentes para las reclamaciones de daños por derrames, quedando fuera las vías civiles, penales y administrativas, que no sean las del Convenio, así como las reclamaciones contra otros dependientes del propietario, fletador, salvador, etc.

Como puede verse, estas disposiciones de la CLC apuntan a mantener esta responsabilidad civil dentro de los términos especiales del Derecho Marítimo.

**3.1.3 Convención Internacional para el establecimiento de un Fondo Internacional para la Compensación de Daños por Contaminación de Hidrocarburos de 1971 (FUND), adoptada el 18.12.71 y entrada en vigor el 16.10.78, juntos con sus Protocolos de 1976, 1984, 1992 y el suplementario de 2003, así como las Enmiendas de 2000. Aquí proceden estas observaciones:**<sup>15</sup>

Se diferencia del instrumento anterior en que aquél apuntaba a los propietarios de los buques tanqueros, mientras que éste va encaminado, más bien, a los intereses de la carga transportada, es decir, las empresas petroleras. Fueron dudas que se quedaron el tintero de la CLC/69, especialmente en lo que se refiere a determinadas indemnizaciones que podrían resultar demasiado cuantiosas y porque existía conexión entre las industrias petroleras y los buques transportistas, no resueltas en la CLC.

La convención del FUND/71 es complementaria de la CLC/69, de suerte tal que operaba en segunda

instancia de ella: Primero se llamaba la responsabilidad del propietario, luego la del dueño de la carga.

Los autores españoles Gabaldón García y Ruiz Soroa cuestionan el carácter indemnizatorio de este fondo y lo sitúan, antes bien, como una masa afecta al resarcimiento sin la conexión de responsabilidad de la CLC, para dar satisfacción a quienes no la hubieran recibido o la hubieran recibido incompleta (“inadecuada”, dice la OMI) de parte de aquélla. Un ejemplo son las exenciones de responsabilidad, donde el Fondo deja fuera algunas de las contempladas por la CLC, dejando abierta la posibilidad que el Fondo responda, a nombre del titular de la carga, donde no lo haría el propietario.

Se creó una organización intergubernamental a partir de la primera convención, denominada FUND/71, la Organización Internacional del Fondo para Compensación por Contaminación de Hidrocarburos (IOPC Fund, en inglés).<sup>16</sup> Ella no es parte del sistema de agencias de las Naciones Unidas.

El Fondo se nutre de contribuciones hechas por aquellas partes que reciben embarques de hidrocarburos, determinadas por la Asamblea General de la organización.

El Fondo pagará, por evento desde 135 millones de DEG, hasta 203 millones de DEG. Si se trata de un Estado que recibe más de 600 millones de TM de hidrocarburos al año, esas cifras pueden subir desde 200 millones de DEG hasta 300,74 millones de DEG.

Para concluir este apartado, como dato adicional conviene indicar que Guatemala es Parte de la CLC/69 pero de ninguna de sus ulteriores desarrollos. No es Parte del FUND/71 ni de ninguna de sus posteriores evoluciones.<sup>16</sup> Esto puede ser relevante a la hora de determinar la posible aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en casos que incumban a este país.

<sup>15</sup> *Ibidem* en cuanto a las fuentes. Curiosamente, la Enmienda de 2000 fue adoptada y está llamada a entrar en vigor en las mismas fechas que la de la CLC, el 01.11.03. Esto evidencia la conexión de ambos bloques en el marco de la OMI. Se recomienda la lectura del texto *The International Oil Pollution Compensation Fund 1992: Explanatory note prepared by the 1992 Fund Secretariat* del IOPC Fund, en septiembre de 2.003, en el sitio <http://www.iopcfund.org/npdf/gen-note.pdf>.

<sup>16</sup> Ver en <http://www.iopcfund.org/>.

3.2 Por el lado privado se crearon 2 esquemas que coexistieron con las iniciativas públicas por cierto tiempo. Ellos fueron:<sup>18</sup>

3.2.1 El Acuerdo Voluntario de los Propietarios de Tanqueros relativo a Contaminación por Hidrocarburos (TOVALOP, por sus siglas en inglés):

Entró en vigor el 06.10.69 y ha sufrido una serie de enmiendas, especialmente y al igual que sus contrapartes en el lado público, para aumentar los límites a la responsabilidad establecidos. Fue impulsado por una Federación Internacional de Propietarios de Buques Tanqueros denominada ITOPF en inglés.

Incluye, junto al propietario (como en la CLC/69) al fletador a casco desnudo, quien es quien efectivamente explota comercialmente al buque.

3.2.2. El Contrato Relativo al Suplemento para Tanqueros por Contaminación por Hidrocarburos (CRISTAL) se estableció en 1971, impulsado por los representantes de los intereses de la carga de tales buques, para dar compensación adicional por encima de la acordada por TOVALOP.

Este arreglo opera en conjunto con el Suplemento de TOVALOP cuando el titular de la carga transportada es parte de CRISTAL.

Estos arreglos estuvieron en vigor hasta 1997.<sup>19</sup> No fueron renovados a partir de entonces y algunos, como Bloodsworth, piensan que su terminación ha podido ser prematura y que la existencia de estos mecanismos, “soluciones privadas” como ella las llama, daban garantía que aquellos que no pudieran obtener reparación bajo esquemas públicos (CLC y FUND) no se quedarían insatisfechos al final de todo.<sup>20</sup>

La enunciación de todos estos esquemas para la limitación de la responsabilidad civil en caso de estos accidentes no debe entenderse como la abdicación de mecanismos clásicos de protección por la eventual responsabilidad civil, como lo son los seguros marítimos y los clubes de Protección e Indemnización (llamados en inglés P & I, por sus siglas). Al contrario, ellos son exigidos y se han visto más socorridos. Ocurre que no luce del todo desarrollarlos más que con esta oportuna advertencia.

#### 4. El Caso del B/T Prestige

El día 13.11.02, el B/T PRESTIGE, “matriculado en Bahamas, cargado con 77,000 toneladas de fuel oil pesa-do, se partió en 2 frente a la costa de Galicia”.<sup>21</sup>

Aunque sus restos yacen a gran profundidad, se produjo y se sigue produciendo derrame del combustible que cargaba a bordo. Se dispone de fondos para atender los reclamos de potenciales afectados en España, Portugal y Francia, aunque se teme que no va a alcanzar para satisfacerlos a todos. Esto abre avenidas para la búsqueda de otras soluciones que permitan indemnizar a todos los perjudicados.

Sin duda que este sería un caso más de los lamentables accidentes que ocurren con alguna frecuencia, de no ser por ciertas características que presenta, algunas ciertamente notables. Es aconsejable detenerse en ellas:

##### 4.1 Existencia de varios velos

El buque tiene matrícula de Bahamas; su propietario es la sociedad Mare Shipping, de Liberia; otra empresa gerencia a la propietaria, la sociedad Universe Maritime, de Grecia; la “responsable del flete del petrolero” es Crown Resources, de capital ruso, inglés y suizo; esta es propiedad, a su vez, “del grupo

17 Datos extraídos del sitio *web* de la OMI y corroborados en el del IOPC Fund.

18 Se recomienda la lectura de los textos *Death on the High Seas: The demise of TOVALOP and CRISTAL* de Susan Bloodsworth, publicado en el *Journal of Land Use & Environmental Law*, Universidad del Sur de Florida, en <http://www.law.fsu.edu/journals/lanluse/Vol132/Bloo.htm> y *Forewords* de TOVALOP en <http://www.iml.org/docs/A97A.DOC>.

19 Ova Ozcavir, Z., *op. cit.*, p. 2.

20 Bloodsworth, Susan *op. cit.*, pp. 1 y 9.

21 IOPC Fund. *Siniestro del Prestige*, en el sitio *web* [http://www.iopcfund.org/prestige\\_s.htm](http://www.iopcfund.org/prestige_s.htm).

ruso Alfa, con base en Suiza y oficinas en Londres y otros puertos”.<sup>22</sup> Llevaba combustible ruso desde Lituania a Singapur y le fueron efectuadas reparaciones recientemente en el punto del casco donde se rompió.<sup>23</sup>

#### 4.2 Condición del buque:

Sostiene INTERTANKO, gremio de los propietarios de buques tanqueros, que el B/T PRESTIGE se encontraba perfectamente a Derecho, pues había superado inspecciones recientemente: Inspección Especial en 2001, inspección anual en 2002 y 2 más especializadas. El buque, de construcción japonesa, sólo ha tenido 2 dueños, el actual desde 1988, siendo sus armadores miembros en buena situación de ese gremio por 14 años. Antes de ondear el pabellón de Bahamas fue panameño.<sup>24</sup>

El buque es de casco sencillo, lo cual supone menor seguridad que un buque de doble casco. No obstante, su tráfico es legal por las aguas donde se accidentó, ya que la Unión Europea había demorado su calendario para retirar a buques de casco sencillo de sus aguas jurisdiccionales, estableciendo como meta el año 2015.<sup>25</sup>

Aunque pudiera pensarse que Bahamas es un país de bandera de conveniencia y que no cumple con sus obligaciones como Estado del pabellón bajo el Derecho Internacional, hay que decir que se trata del 5º país con mayor flota del mundo, mayoritariamente buques tanqueros.

#### 4.3 Detalles del accidente:

Una vez acaecido el accidente, el armador o sus agentes se vieron privados del gobierno de la nave, al ser relevados por la fuerza por personal marítimo del Reino de España. Según algunas fuentes, a esas alturas todavía era posible salvar al buque y, por consiguiente, causar menores daños. Los daños ocurridos cuando el buque no estaba en control del armador no deberían serle imputados. Ezeizabarrena afirma categóricamente que “*puede deducirse sin dificultades que la línea de defensa pueda previsiblemente basarse en la existencia de dos momentos temporales claramente diferenciados a efectos jurídicos, esto es, el antes y el después desde la detención del capitán, con el consiguiente cambio de gobierno en el buque hacia la Administración española*”.<sup>26</sup>

Por cierto que el capitán fue detenido en contravención de lo que manda la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR) en su artículo 230, párrafos 1 y 2, de no aplicar penas corporales en casos de contaminación del mar sino pecuniarias.<sup>27</sup> Las autoridades españolas estaban aplicando leyes ambientales nacionales en lugar de esta convención y las propias de limitación de la responsabilidad civil en caso de derrames, que excluyen otros foros.<sup>28</sup>

#### 4.5 Condiciones climáticas

El día del accidente se presentaba un clima pesado, con mucha lluvia y vientos sobre los 120 Km/h. El

22 Ezeizabarrena, Xavier: *El naufragio del buque “Prestige”: Algunas perspectivas jurídicas*, en el sitio web <http://www.pcpages.com/ezeiza>, p. 2. Respecto a las avenidas a explorar, este autor se decanta por el levantamiento del velo societario.

23 Friends of Earth International: *Prestige Oil Spill – Who Foots the Bill?*, portada, en <http://www.foei.org>, septiembre de 2.002. Esta ONG ha expresado, asimismo, la necesidad de develar la composición corporativa de este conglomerado.

24 Swift, Peter M.: *Post Prestige*, ponencia presentada a nombre de INTERTANKO en el Latin American Panel de la organización en Miami, FL, EE.UU. el 24.07.03, disponible en Power Point en el sitio web <http://www.intertanko.com/pubupload/EU-MEPCProposalsLAP32.PPT>.

25 Friends of Earth International: *op. cit.*, p. 4.

26 Ezeizabarrena, Xavier: *op. cit.*, p. 3. La autoridad marítima de Bahamas expresó, asimismo, que de haberse tomado acciones decisivas a tiempo se hubieran determinado ciertamente menores daños, refiriéndose a la actuación de la autoridad española, citado por Swift, *cit.*, lámina 8.

27 En un sentido semejante de no incluir privación de la libertad (salvo acuerdo en contrario entre Estados interesados) “*ni ninguna otra forma de castigo corporal*”, sino sólo pecuniarias, está el artículo 73, párrafo 3 de la CONVEMAR, que se refiere a la pesca ilegal de un buque en la zona económica exclusiva de un Estado ribereño.

28 En este sentido, Ezeizabarrena, p.4 y también, a modo de referencia, en la varadura y derrame del B/T NISSOS AMORGOS, de bandera griega, ocurrida en el canal de navegación que entra al Lago de Maracaibo el 28.02.97, se detuvo al capitán del buque por los supuestos delitos ecológicos cometidos bajo la Ley Penal del Ambiente de Venezuela. Sirve como aliciente que Venezuela no es parte de la CONVEMAR, pero aún así causó repulsa internacional el haberse apartado de la solución propia del Derecho Marítimo contenida en la CLC y el FUND, con acusación de violación de los derechos humanos del capitán.

factor climático no fue tomado en cuenta para tratar de mitigar los daños apropiadamente, entre otras cosas porque el gobierno de España no tenía un plan de contingencia adecuado.<sup>29</sup> Esto ha podido influir también en que se dieran mayores daños.

## 5. Comentarios finales al caso

Pese a la complejidad en los hechos y en las normas a ser consideradas en este caso, hay que acotar 2 elementos que pueden indicar que el levantamiento del velo corporativo no es totalmente ajeno al Derecho Marítimo.

El primero de ellos trata sobre la detención de embarcaciones hermanas. Como se dijo *supra*, cada buque es responsable de sus propias deudas pero, en casos especiales, se permite detener a otro buque del mismo armador distinto del obligado, para que sirva de garantía del pago de las acreencias del otro buque. El profesor William C. Tetley ha vinculado con acierto esta excepción al tema del levantamiento del velo, tarea que hay que adelantar para poder detener a los buques indicados y no incurrir en responsabilidad por infundado “arresto” de naves.<sup>30</sup>

Los armadores se han protegido de estas evoluciones del Derecho: Unos, constituyendo sociedades de un solo buque, autárquicas, lo cual dificulta determinar quién está recibiendo el provecho económico corporativo de la explotación marítima de esos buques, al crear compartimientos estancos entre los componentes de su actividad naviera. Otros, empleando la vía recurrida la de *infra*-capitalizar esas empresas o dejar como único activo al buque.

En un sentido semejante en cuanto a su espíritu de desentrañar el velo de una compleja explotación, está el caso del derrame del B/T AMOCO CÁDIZ, ocurrido en marzo de 1978 en costas bretonas. Como lo reseña Ezeizabarrena,<sup>31</sup> el propietario del buque podía acogerse a las posibles limitaciones de la responsabilidad de la CLC/69, en virtud de ser el buque de Liberia y el accidente haber ocurrido en Francia, ambos Estados Partes del tratado. Ahora bien, sucede que el propietario era estadounidense, país tercero respecto de la convención. Algunos afectados demandaron con gran éxito en los Estados Unidos, donde no procedió limitación de responsabilidad alguna.

## Conclusión

Efectuado el tránsito por las normas relevantes de la limitación de la responsabilidad cabe arribar, más que a establecer conclusiones, a proponer algunas reflexiones:

- Existen normas internacionales que apuntan hacia la determinación de la responsabilidad y la indemnización de los agraviados en casos de derrames, negociadas en instancias multilaterales técnicas, que gozan de aceptación general por parte de la comunidad marítima internacional;
- El reverso de la moneda es que tal responsabilidad encuentra limitaciones y exenciones. Esto no tiene nada de extraño en una rama tan particular del Derecho, que desde siempre ha gozado de soluciones apartadas del Derecho Común en casos muy determinados;

29 Naranjo Díaz, Lino: *The Prestige Disaster and the Weather Connection*, texto puesto en el *website* de Fragilecologies en la página [http://www.fragilecologies.com/dec18\\_02.html](http://www.fragilecologies.com/dec18_02.html).

30 Dice el profesor Tetley textualmente y en su propio idioma: “The principle of sister-ship arrest was enunciated in order to counter what are deemed as evasions of responsibility by shipowners and managers who operate large fleets in one-ship companies. These evasions are often seen to be magnified by the use of flags of convenience. «Piercing» and «lifting» the \l «corp\_veil» **corporate veil** (*supra*) has been permitted more and more by legislation and even by the courts after the principle was refused with authority by the House of Lords in *Salomon v. Salomon* [1897] A.C. 22. See Tetley, *Int'l C. of L.*, 1994 at pp. 41, 159 and 219-224. On the other hand, liens against one particular ship should not be transferable as liens *per se* against another ship, ranking ahead of creditors of the second ship. See in general, Tetley, *M.L.C.*, 2 Ed., 1998, Chap. 27, and in particular pp. 1030-1046, 1171 and 1183. The \l «arrest\_convention\_1999» **Arrest Convention 1999**, *supra*, at art. 3(2) permits arrest of ships under common legal (i.e. registered) ownership, but not common beneficial ownership. See in general Tetley, «*Arrest, Attachment, and Related Maritime Law Procedures*» (1999) 73 *Tul. L. Rev.* 1895 at pp. 1911-1912, 1924-1925, 1935, 1943 and 1969.” (los destacados son del original) Puede verse en su glosario de términos marítimos en el *site web* [http://tetley.law.mcgill.ca/maritime/glossary.maritime.htm#letter\\_s](http://tetley.law.mcgill.ca/maritime/glossary.maritime.htm#letter_s).

31 Ezeizabarrena, Xavier: *op. cit.*, p. 7.

- Las normas especializadas marítimas deberían estar, del modo como han sido concebidas y puestas en vigor, por encima de soluciones propias de otras ramas generales o especiales del Derecho, inclusive por encima del Derecho Interno. Por ello, si bien es cierto que la doctrina del levantamiento del velo corporativo puede migrar hacia otras áreas, como el derecho comercial, de sociedades mercantiles, etc., aún no ha sido admitida ni incorporada al Derecho Marítimo;
- Es cierto que, tanto en el Derecho continental (B/T AMOCO CADIZ con respecto a Francia como Parte de la CLC/69) como en el anglosajón (*arrest of sister ships*) se han visto casos donde pareciera que se pudiera querer aplicar esta doctrina. No obstante, tal importación debería ser especialmente cautelosa y de uso excepcional. Así sería en el caso comentado superficialmente de la detención de naves hermanas, donde está al servicio de la determinación de la propiedad para permitir la institución marítima y evitar acciones temerarias, que por infundadas en cuanto a la cualidad de propietario se reviertan contra su promotor; el del derrame luce, más bien, como un caso de elección del foro más conveniente en atención a los factores de conexión presentes en un caso incidentalmente marítimo;
- De cualquier modo y sin prejuzgar más al respecto de su pertinencia al Derecho Marítimo, hay que notar que esta rama del Derecho, aunque goza de tradicionalismo, está viva y es dinámica. Por ello, será interesante poder ser testigo privilegiado y asistir al estudio del origen y evolución de esta doctrina.

## Bibliografía

- Bloodsworth, Susan: Death on the High Seas: The demise of TOVALOP and CRISTAL, en el Journal of Land Use & Environmental Law, Universidad del Sur de la Florida, en <http://www.law.fsu.edu/journals/landuse/Vol132/Bloo.htm>.
- Enríquez Rosas, David: El Buque: Una Introducción al Estudio del Estatuto Jurídico de las Embarcaciones, edición electrónica de UNAM, Ciudad de México, México, 2.001 – 2.003 en <http://www.bibliojurídica.org>.
- Ezeizabarrena, Xavier: El naufragio del buque "Prestige": Algunas perspectivas jurídicas, en el sitio *web* <http://www.pcpages.com/ezeiza>.
- Friends of Earth International: Prestige Oil Spill – Who Foots the Bill?, en <http://www.foei.org>, septiembre de 2.002.
- Gabaldón García, José Luis y Ruiz Soroa, José María: Manual de Derecho de la Navegación Marítima, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid – Barcelona, España, 1.999.
- IOPC Fund: Siniestro del Prestige, en el sitio *web* [http://www.iopcfund.org/prestige\\_s.htm](http://www.iopcfund.org/prestige_s.htm).
- Naranjo Díaz, Lino: The Prestige Disaster and the Weather Connection, en el sitio *web* de Fragilecologies, página [http://www.fragilecologies.com/dec18\\_02.html](http://www.fragilecologies.com/dec18_02.html).
- Organización Marítima Internacional: [http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic\\_id=258](http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=258).
- Organización Marítima Internacional, SOLAS, edición refundida, Organización Marítima Internacional, Londres, Inglaterra, 1.997.
- Oya Ozcayir, Z.: Limitations of Liability Problems in Case of Oil Pollution, edición electrónica en <http://www.lawofthesea.co.uk>.
- Pierre Tapia, Oscar R.: El Comercio Marítimo según el Código de Comercio Venezolano, Editorial Sucre, S.A., Caracas, Venezuela, 1.985.
- Reyero Álvarez, Rafael: La Limitación de Responsabilidad del Armador: Proyectos de Convenios Internacionales relativos a: i) "Obligatoriedad de Seguros", y ii) "Responsabilidad por los Daños Causados por el Combustible de los Buques" (Ship's Bunkers), en Doctum: Revista de la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante, vol. 2, núm. 1, Nov. 1.998 - Feb. 1.999, Caracas, Venezuela, 1.999.
- Swift, Peter M.: Post Prestige, ponencia presentada a nombre de INTERTANKO en el Latin American Panel de la organización en Miami, el 24.07.03, disponible en Power Point en el sitio *web* <http://www.intertanko.com/pubupload/EU-MEPCProposalsLAP32.PPT>.
- Tetley, William C.: Glossary, en <http://tetley.law.mcgill.ca/maritimc/glossarymaritime.htm#>.
- The International Oil Pollution Compensation Fund 1992: Explanatory note prepared by the 1992 Fund Secretariat del IOPC Fund, septiembre de 2.003, en el sitio <http://www.iopcfund.org/npdf/gen-note.pdf>.
- TOVALOP: Forewords, en <http://www.imli.org/docs/A97A.DOC>.

“NO CABE DUDA DE QUE, SI EL PODER SE OTORGA A UN CUERPO DE HOMBRES, LLAMADOS REPRESENTANTES, ELLOS, IGUAL QUE CUALQUIER OTRA PERSONA, USARÁN SU PODER, NO PARA VENTAJA DE LA COMUNIDAD, SINO PARA SU PROPIA VENTAJA, SI ES QUE PUEDEN.”

(James Mill)

# El Uso Ilimitado del Nuevo Conocimiento en la Sociedad y los Derechos Intelectuales

## Sumario

### Introducción

1. Progreso y sentido común
2. El orden espontáneo
3. Los derechos de libertad
4. Los derechos intelectuales
5. El uso ilimitado del nuevo conocimiento

### Conclusiones

### Bibliografía

## Introducción

El presente trabajo pretende el análisis de dos enfoques modernos sobre uno de los aspectos de mayor importancia en el mundo contemporáneo, la investigación y desarrollo como generadores de nuevo conocimiento y los derechos intelectuales como reconocimiento al trabajo intelectual.

Es esta una época en la cual asistimos al surgimiento de un nuevo orden público internacional que, concomitantemente con un nuevo orden económico internacional, determinan modernos enfoques respecto a la tutela de los derechos fundamentales, la protección de los recursos naturales, de la libertad de informática, las modernas tecnologías, los derechos intelectuales y la globalización económica. Es, consecuentemente, un proceso de acelerados cambios que fortalecen la libertad del hombre y el trabajo creador en búsqueda de mayores estándares de bienestar a través del proceso tecnológico.

Se afirma que quien tiene el conocimiento tiene el poder y por lo tanto la oportunidad de generar aportes hacia la sociedad para que sus miembros se

beneficien de los avances que genera el proceso productivo. Por lo anterior, resulta importante el análisis del progreso desde el punto de vista que propugna que el uso del nuevo conocimiento debe ser ilimitado por los miembros de la sociedad sin establecer controles deliberados mediante sistemas de patentes y aquel punto de vista que considera que la protección del trabajo intelectual mediante un sistema de protección legal es una garantía para fomentar el trabajo innovador.

El resultado de este análisis nos permitirá conocer la importancia del uso del nuevo conocimiento en la sociedad y la naturaleza de los derechos de libertad, como generadores de un sistema de protección de los derechos intelectuales.

Como consecuencia de lo anterior, generar las conclusiones que estimamos adecuadas, sobre la forma de utilizar el nuevo conocimiento por la sociedad. Entiendo que el presente trabajo por la novedad de la materia que enfoca requerirá de posteriores aportes de los interesados en la temática para conocer con mayor profundidad los beneficios del uso del nuevo conocimiento en la sociedad.

## 1. Progreso y sentido común

El progreso y sentido común son enfocados por Friedrich A. Hayek (HAYEK: 1992,120) partiendo de un análisis en el que plantea la duda sobre si el proceso es deseable. Tal criterio surgió como consecuencia del análisis de lo indefendible de los principios que sustentaban la idea de inevitabilidad del progreso

<sup>1</sup> Abogado y Notario. Doctorado en Derecho UFM, Profesor Propiedad Intelectual.

o para estimarlo como cierto y siempre beneficioso. Así mismo tampoco se consideró que las leyes del progreso que permiten predecirlo carecen de una justificación y fundamentos adecuados. Sin embargo, el criterio anterior enfrenta como una dificultad el sentido de que la civilización es progreso y el progreso es civilización, de tal suerte que también es necesario el análisis de las fuerzas que provocan progreso, en tanto que el desarrollo de las mismas depende de nuestra civilización.

Hayek analiza para fundamentar su análisis la historia de la civilización humana en la cual en un lapso corto ha generado los elementos característicos de la vida humana. Por lo anterior, mucha de la inconformidad del ser humano actual se debe a una forma de vida deliberada, muchas veces contraria a sus instintos y emociones naturales que ha generado problemas que aún no ha resuelto.

La diferencia entre progreso y evolución social, el primero como avance hacia un objetivo conocido y la segunda como algo que no se logra por la razón humana esforzándose por medios conocidos hacia un objetivo fijo.

Hayek considera que el progreso por su propia naturaleza no admite planificación, excepto en determinados sectores cuyo objetivo es resolver problemas específicos. Así mismo no por conocer más logramos más satisfacción, toda vez que el progreso, en el sentido de crecimiento acumulativo del conocimiento y del poder sobre la naturaleza, es un término que dice poco acerca de si la nueva situación nos dará más satisfacción que la vieja. El progreso es movimiento por amor al movimiento, pues el hombre disfruta del don de su inteligencia en el proceso de aprender y en las consecuencias de haber aprendido algo nuevo. El disfrute del éxito personal sólo lo obtendrán en gran número los miembros de una sociedad que como conjunto progresa bastante rápidamente. En una sociedad estacionaria, el número de los que progresen equivaldrá aproximadamente al de los que retrocedan. Para que la gran mayoría pueda participar individualmente en el progreso es necesario que avance a una velocidad considerable.

Una de las realidades más características de la sociedad progresiva es que la mayoría de las cosas que los individuos se esfuerzan por obtener tan solo pueden conseguirse a través de mayores adelantos.

Los nuevos conocimientos y sus beneficios sólo pueden extenderse gradualmente, y las ambiciones de los muchos son siempre determinadas por lo que todavía es accesible únicamente a unos pocos. Es equivocado pensar en esas nuevas posibilidades como si desde el principio fueran una posesión común de la sociedad que sus miembros pudieran deliberadamente disfrutar. Las nuevas posibilidades llegan a ser posesión común sólo a través de ese lento proceso en cuya virtud los logros de los pocos se hacen obtenibles para los muchos. Sin embargo, muy frecuentemente, los mayores descubrimientos abren tan solo nuevas perspectivas y se necesitan largos y posteriores esfuerzos antes de que tales conocimientos sean de uso general, de tal suerte que se genera una desigualdad en el uso del conocimiento siendo utilizado en primer lugar por unos y luego por los demás.

Hayek señala también que el rápido progreso económico con que contamos parece ser en gran medida el resultado de la aludida desigualdad y sería imposible sin ella. El progreso no puede darse a base de un frente unificado sino en forma de eslabón. La razón para ello se oculta bajo nuestra costumbre de considerar al progreso económico, principalmente, como acumulación de cantidades siempre crecientes de bienes y equipo. Sin embargo, la elevación de nuestro nivel de vida al menos se debe en mucho a un incremento del conocimiento que facilita no solamente el mero consumo de mayores cantidades de las mismas cosas, sino la utilización de cosas diferentes y de otras que a menudo no conocíamos antes. Y aunque en parte el crecimiento de la renta estriba en la acumulación de capital, depende más probablemente de nuestra sabiduría para usar nuevos recursos con mayor efectividad y para nuevos propósitos.

Afirma Hayek (Hayek: 1992, 126) que el desarrollo del conocimiento goza de tan especial importancia porque, mientras los recursos materiales permanecen escasos y han de reservarse para propósitos limitados, los usos del nuevo conocimiento (donde no se reduzcan artificialmente mediante patentes de monopolio) carecen de límites. Una vez logrado, el conocimiento se convierte en algo graciosamente obtenible en beneficio de todos. A través de este libre uso del conocimiento, adquirido por la experiencia de algunos de los miembros de la sociedad, se hace posible el progreso general. Los

logros de aquellos que han marchado a la cabeza facilitan el avance de los que le siguen.

El anterior planteamiento parte del análisis que hace Hayek a lo largo de sus obras en relación a que la evolución social es un proceso espontáneo y no producto de la razón humana. De tal suerte, que no es mediante un orden deliberado como se ha desarrollado el progreso de la humanidad. Tal planteamiento en el campo de los derechos intelectuales resulta relevante en tanto que merece analizarse si la afirmación del autor —en relación a que una vez logrado el conocimiento se convierte en algo graciosamente obtenible en beneficio de todos, teniendo en cuenta su uso ilimitado— condice con la naturaleza jurídica del trabajo creador y si por el contrario el establecimiento de un sistema de protección de los derechos intelectuales limita el uso del conocimiento. De lo expuesto, se hace necesario recordar el análisis del autor sobre el orden espontáneo para estar en condiciones de analizar los derechos de libertad.

## 2. El orden espontáneo

Hayek en su obra *El Orden de la Libertad* (Hayek: 1995,23) al enfocar los tipos de orden en la sociedad señala que llamamos sociedad a una multitud de seres humanos cuando sus actividades se acoplan mutuamente las unas con las otras. Los seres humanos pueden tener éxito en la consecución de sus fines porque saben qué pueden esperar del prójimo. En otras palabras sus relaciones muestran un cierto orden. Cómo se produce o se puede lograr tal orden de las diversas actividades, de millones de seres humanos, es el problema central de la teoría social y de la política social. A veces se niega la existencia misma de tal orden, como sucede cuando se afirma que la sociedad o, más específicamente sus actividades económicas son “caóticas”. Sin embargo, la completa ausencia de orden no se puede sostener en serio. Lo que probablemente se quiere afirmar es que la sociedad no es tan ordenada como debe ser. El orden de la sociedad actual puede ser susceptible de gran mejoría pero la crítica se debe principalmente al hecho de que el orden que existe y la manera en que se forma no son percibidos con facilidad. El hombre de la calle tiene conciencia del orden social sólo en la medida que dicho orden ha sido creado deliberadamente y se inclina a atribuir la aparente ausencia de orden en mucho de lo que ve al hecho de

que nadie ha ordenado deliberadamente esas actividades. El orden, para el hombre de la calle, es el resultado de la actividad de una mente ordenadora. Mucho del orden social al cual nos referimos no es, sin embargo, de esa clase y el reconocimiento de que tal orden existe requiere cierta reflexión.

La dificultad principal reside en que el orden de los acontecimientos sociales no lo percibimos a través de los sentidos sino que por medio del intelecto. Dicho orden es, como diremos, abstracto y no concreto. También es un orden muy complejo. Y es un orden tal que, aunque resulta de la acción humana, no ha sido creado por seres humanos que deliberadamente arreglan los elementos en un patrón preconcebido. Estas peculiaridades del orden social están íntimamente relacionadas. Veremos que aún cuando no es absolutamente necesario que un orden complejo siempre sea espontáneo y abstracto, entre más complejo es el orden que perseguimos, más tendremos que recurrir a fuerzas espontáneas para crearlo y en consecuencia, nuestro poder para controlarlo más estará limitado al control de sus características abstractas y no se extenderá a las manifestaciones concretas de ese orden. El contraste entre lo concreto y lo abstracto, como nosotros lo entendemos, equivale al contraste entre un hecho del cual nosotros siempre conocemos sólo atributos abstractos pero de los cuales podemos descubrir más, y todas aquellas imágenes, concepciones y conceptos que guardamos en la mente cuando ya no contemplamos el objeto particular. El simple concepto de un orden, como el que resulta cuando alguien coloca en sus lugares apropiados las partes de un todo que se piensa crear, se aplica a muchos aspectos de la sociedad. En el campo social la clase de orden que se logra arreglando las relaciones entre las partes, según un plan preconcebido, se llama organización. Es bien conocida la medida en que el poder de muchos hombres puede ser aumentado por medio de tal coordinación deliberada de sus esfuerzos, y muchos de los logros del hombre dependen del uso de esta técnica. Es un orden que todos entendemos porque sabemos cómo ha sido logrado. Pero no es ese ni el único ni la principal clase de orden del cual depende el funcionamiento de la sociedad ni puede la totalidad del orden social lograrse de esa manera. El descubrimiento de que hay en la sociedad órdenes de otra clase, que no han sido diseñados por los hombres sino que han resultado de las acciones de los individuos, sin que ellos hayan tenido la intención

de crearlos, es el triunfo de la teoría social. Mas bien, ese descubrimiento demostró que la teoría social tiene un objeto de estudio. Ese descubrimiento también sacó violentamente a los hombres de la arraigada creencia de que donde hay orden debe haber una persona ordenadora y tuvo consecuencias mucho más allá del campo de la teoría social, pues provocó los conceptos que hicieron posible una explicación teórica de las estructuras de los fenómenos biológicos. Además el campo de la filosofía social proveyó el fundamento de un argumento sistemático en pro de la libertad individual. Esta clase de orden, que caracteriza no sólo a los organismos biológicos (a los cuales el término organismo, que originalmente tenía un significado mucho más amplio, en la actualidad generalmente se limita), es un orden que no es creado por ninguno sino que se forma a sí mismo. Por esta razón generalmente se le llama “orden espontáneo” o a veces se llama “orden policéntrico”. Si entendemos cuáles son las fuerzas que determinan un orden como ése, podemos usarlas para crear las condiciones bajo las cuales un orden de tal naturaleza se formará a sí mismo.

Este método indirecto de crear un orden tiene la ventaja de que puede usarse para producir órdenes que son mucho más complejos que cualquier orden que podamos producir poniendo las piezas individuales en sus respectivos lugares. Pero tiene la desventaja de que sólo nos permite determinar el carácter general, y no los detalles de orden que resulta. Dentro de estos órdenes espontáneos están el dinero, el lenguaje, la moral, la ley, la escritura, instituciones que gradualmente se han formado. Las personas han aprendido a actuar de acuerdo con ciertas reglas –reglas que supieron obedecer mucho antes de que hubiera necesidad de formularlas en palabras–. Tales órdenes espontáneos se encuentran no sólo en el funcionamiento de instituciones como el lenguaje o la ley (o, más claramente en los organismos biológicos), que muestran una estructura permanente reconocible que ha resultado de una lenta evolución, sino también en las relaciones del mercado, que continuamente se forman y reforman ellas mismas y en las cuales sólo las condiciones que conducen a su constante reconstitución han sido formadas por la evolución. Los aspectos genéticos y los funcionales nunca pueden separarse completamente.

La esencia del proceso social, tal y como Hayek lo entiende, está constituida por la información o conocimiento, de tipo estrictamente personal, subjetivo, práctico y disperso, que cada ser humano, en sus circunstancias específicas de tiempo y lugar, va descubriendo y generando en todas y cada una de las acciones humanas que emprende para alcanzar sus particulares fines y objetivos y que se plasman en las etapas de ese camino tan apasionante que supone la vida de todo ser humano. La capacidad innata del hombre para concebir constantemente nuevos fines, dedicando su esfuerzo, ingenio e imaginación a descubrir y elaborar los medios necesarios para alcanzarlos, constituye una fuerza poderosísima de creación y transmisión de información, que se encuentra en constante expansión y que hace posible el mantenimiento y el desarrollo de la civilización hacia las cotas de complejidad cada vez mayores.

### 3. Los derechos de libertad

Para analizar el vocablo libertad y relacionarlo dentro del presente estudio considero adecuado una aproximación a su aspecto semántico, filosófico, jurídico y a la definición propuesta por el autor objeto de estudio. El Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española de Ramón Sopena (SOPENA: 1975, 1996) señala que la libertad es “Facultad de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, estado del que no es esclavo; estado del que no está preso.

Falta de subordinación, independencia; Facultad de hacer y decir lo que sea lícito. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho de Recasens Siches (Recasens: 1961, 560) señala que la idea de la dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de la libertad individual. Si el hombre es un ser que tiene fines suyos propios, si es un ser que constituye un fin en sí mismo, si es una criatura hija de Dios con la perspectiva de su autosalvación, y si esos fines pueden ser cumplidos tan sólo por propia decisión individual, resulta claro que la persona humana necesita una esfera de franquía, de libertad, dentro de la cual pueda operar por sí propia. Porque el hombre tiene fines propios que cumplir por su propia decisión, necesita el respeto y la garantía de su libertad, necesita estar exento de la coacción de otros individuos y de la coacción

de los poderes públicos que se interfieran con la realización de tales finalidades, que le son privativamente propias. Afirma también dicho autor que hay, además otro argumento para justificar la libertad jurídica del hombre. La libertad jurídica es esencialmente necesaria al ser humano, porque la vida del hombre es la utilización y el desarrollo de una serie de energías potenciales, de una serie de posibilidades creadoras, que no pueden ser encajadas dentro de ninguna ruta preestablecida. El desenvolvimiento de la persona sólo puede efectuarse por medio de las fuerzas creadoras latentes en el individuo humano. Aunque la sociedad y la autoridad sean esencialmente necesarias al hombre, ni la sociedad ni las instituciones son creadoras.

Sólo la libertad personal le hace al hombre desenvolver su propia persona. Ciertamente para este fin el ser humano necesita ciertamente la ayuda de la sociedad, del Estado y del Derecho; pero únicamente el individuo mismo en un ámbito de libertad puede desenvolver sus fuerzas creadoras.

La libertad, desde el punto de vista social y jurídico, tiene varios aspectos: unos negativos, es decir, de valla, de cerca, que defienden el santuario de la persona individual frente a ingerencias de otros individuos, y frente a ingerencias de los poderes públicos; y otros aspectos positivos, entre los cuales figuran los derechos democráticos a participar en el gobierno de su propio pueblo, y los llamados derechos sociales, económicos y culturales, gracias a los cuales obtenga las condiciones materiales y sociales, así como los servicios colectivos, para el libre desarrollo de su propia posibilidad.

Para F. A. Hayek (Hayek: 1955,s/p) en su obra "Fundamentos de la Libertad" según Armando de la Torre (De la Torre 1995,2) la definición de libertad individual es "...una ausencia, al decidir, de la fuerza, o de la amenaza del uso de la fuerza, o también del engaño, por voluntad arbitraria de otro, como lo ha hecho de curso común." En estas definiciones se alude a la libertad exterior en la que metodológicamente se prescinde de la libertad metafísica (el libre albedrío de los escolásticos medievales). Continúa afirmando el último autor que, porque el hombre es libre, su conducta no es genéticamente predecible, como lo es la de las demás especies animales. La función de lo instintivo y los reflejos de las bestias se llena en el hombre

primordialmente a través de normas que el individuo incorpora a su conciencia y que hace suyas durante ese largo proceso de crecimiento y maduración exclusivamente humanos que identificamos con la mayoría de edad. El autor recalca que lo importante es la conclusión de que todo acto libre sólo se da en sociedad y sujeto a normas.

Al enfocar los orígenes de la libertad, Hayek (Hayek: 1995,65) señala: "...Establecido que, en definitiva, fueron la moral y la tradición –más que la inteligencia y la razón calculadora– las que permitieron al hombre superar su inicial estado de salvajismo, parece razonable también situar el punto de partida del proceso civilizador en las regiones costeras del Mediterráneo. Las posibilidades facilitadas por el comercio a larga distancia otorgaron ventaja relativa a aquellas comunidades que se avinieron a conceder a sus miembros la libertad de hacer uso de la información personal sobre aquellas otras en las que era el conocimiento disponible a nivel colectivo o, a lo sumo, el que se encontraba en poder de su gobernante de turno el que determinaba las actuaciones de todos. Fue, al parecer, en la región mediterránea donde por primera vez el ser humano se avino a respetar ciertos dominios privados cuya gestión se dejó a la responsabilidad del correspondiente propietario, lo que permitió establecer entre las diferentes comunidades una densa malla de relaciones comerciales. Surgió la misma al margen de los particulares criterios o veleidades de los jefes locales, al no resultar posible entonces controlar eficazmente el tráfico marítimo. Cabe recurrir a la autoridad de un respetado investigador (al que ciertamente no se puede tildar de proclive al mercado) que se ha expresado en los siguientes términos: "El mundo greco-romano fue esencial y característicamente un mundo de propiedad privada, tratárase de unos pocos acres o de las inmensas posesiones de los emperadores y senadores romanos era un mundo dedicado al comercio y a la manufactura privados (Finley, 1973:29).

Tal orden, basado en la integración de muchos esfuerzos orientados al logro de una pluralidad de metas individuales, sólo devino posible sobre la base de eso que yo prefiero denominar propiedad plural, expresión acuñada por H. S. Maine y que considero más adecuada que la de "propiedad privada". Si aquella constituye la base de toda civilización desarrollada, correspondió en su día, al parecer, a la

Grecia clásica el mérito de haber por vez primera advertido que es también intrínsecamente inseparable de la libertad individual.

Los redactores de la Constitución de la antigua Creta “daban por sentado que la libertad es la más importante aportación que el Estado puede ofrecer; y precisamente por ello, y por ninguna otra razón, establecieron que las cosas perteneciesen indubitablemente a quienes las adquirieran. Por el contrario, en los regímenes en los que prevalece la esclavitud todo pertenece a los gobernantes” (Estrabón, 10, 4, 16).

Un importante aspecto de esa libertad —la posibilidad de que los individuos o subgrupos puedan dedicar sus esfuerzos a la consecución de una amplia variedad de fines, fijados en función de sus particulares conocimientos y habilidades— sólo resultó posible a partir del momento en que, aparte del plural control de los medios, pudo contarse también con otra práctica que ha sido siempre inseparable de la primera: la existencia de reconocidos mecanismos para su transmisión. Esa capacidad individual de decidir autónomamente acerca de cuál deba ser el empleo a dar a determinados bienes —en función de los personales conocimientos y apetencias (o el de los del colectivo en el que el actor haya decidido libremente integrarse)— depende de que, de manera general, se acepte la existencia de ciertos dominios privados dentro de los cuales puedan los diferentes sujetos disponer las cosas a su gusto, así como de una también consensuada mecánica de transmisión a otros de tales derechos.

La definición de libertad que Hayek propone “Libertad es la ausencia de coacción arbitraria”, es completamente ajena al origen de las leyes. El origen de las leyes, cualquiera que sea, no garantiza ni la libertad ni la tiranía. El estado en virtud del cual un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros se distingue a menudo como libertad “individual” o “personal”. De lo expuesto se deduce que el significado de libertad que hemos adoptado parece ser el original de la palabra. El hombre, o al menos el europeo, entra en la historia dividido en libre y esclavo. Y esta distinción tiene un significado muy concreto. La libertad del libre puede haber diferido ampliamente, pero siempre dentro de un grado de independencia que el esclavo en modo alguno poseyó. Significó en todo momento

la posibilidad de que una persona actuase según sus propias decisiones y planes, en contraste con la posición del que hallábase irrevocablemente sujeto a la voluntad de otro, quien de modo arbitrario, podría coaccionarle para que actuase o no en forma específica. La expresión que el tiempo ha consagrado para describir esta libertad, es por tanto, “independencia frente a la voluntad arbitraria de un tercero”. Este viejísimo significado de la “libertad” ha sido a veces descrito como expresión más bien vulgar; pero si consideramos la confusión que los filósofos han originado con sus intentos de mejorarlo o depurarlo, lo mejor que podemos hacer es aceptarlo. Sin embargo, más importante que el significado original, es que se trate de un significado preciso y que describa una cosa y sólo una cosa: un estado apetecible por razones diferentes de aquellas que nos hacen desear otras cosas también denominadas “libertad”. Veremos que estrictamente hablando, esas varias “libertades” no son diferentes especies del mismo género, sino condiciones enteramente distintas, a menudo en conflicto unas con otras y que, por tanto, deberían ostentar claras diferenciaciones. Aunque en algunos de los restantes sentidos pudiera ser legítimo hablar de diferentes clases de libertad, tales como “libertad de” y “libertad para”, en nuestro sentido la “libertad”, es una, variando en grado pero no en clase.

En dicho último sentido, la “libertad” se refiere únicamente a la relación de hombres con hombres, y la simple infracción de la misma no es más que coacción por parte de los hombres. Esto significa, en particular, que la ponderación de las posibilidades físicas en virtud de las cuales una persona puede elegir en un momento dado no tiene directa relevancia con la libertad.

La cuestión de cuántas vías de acción se abren a la persona, es, desde luego, muy importante. Ahora bien, también es algo muy diferente de hasta qué punto puede aquella seguir sus propios planes e intenciones en su actuación y hasta qué extensión el patrón de su conducta es de su propio diseño, dirigido hacia fines para los que ha estado forzándose persistentemente, más bien que hacia necesidades creadas por otros con vistas a hacer de ella lo que quieran. El que una persona sea libre no depende del alcance de la elección, sino de la posibilidad de ordenar sus vías de acción de acuerdo con sus intenciones presentes o de si alguien más

tiene el poder de manipular las condiciones hasta hacerla actuar según la voluntad del ordenancista más bien que de acuerdo con la voluntad propia. La libertad, por tanto, presupone que el individuo tenga cierta esfera de actividad privada asegurada: que en su ambiente exista cierto conjunto de circunstancias en las que los otros no pueden interferir.

Desde el punto de vista jurídico libertad, según el autor Rafael de Pina (Pina: 1988,339), es la facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y por el derecho. El ser humano nace libre y, por lo tanto, su derecho de vivir libre no es el regalo de alguna autoridad, sino una consecuencia lógica de su propia naturaleza. Según el autor Manuel Ossorio en su obra *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Ossorio: 1981,428) libertad es “Estado existencial del hombre, en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior (J. C. Smith). La libertad representa un concepto contrario al determinismo y ofrece extraordinaria importancia en relación al Derecho Político; ya que la libertad es el fundamento no ya de un determinado sistema de vida, sino de la organización del Estado. La libertad constituye la idea rectora de los Estados de Derecho y de los gobiernos demoliberales. De ahí que la libertad resulte siempre desconocida y atropellada por los regímenes totalitarios, tiránicos, dictatoriales y autocráticos.

Casi todos los pensadores en materia de Filosofía del Derecho y de la Política consideran la libertad de pensamiento, de conciencia y de opinión, como la manifestación más importante y la más alta de la libertad, y la consideran también, como un “derecho absoluto” concedido por los supremos principios de la axiología jurídica. La consideran como la manifestación más importante y más alta de la libertad, porque se refiere a las funciones más nobles del ser humano.

Lo consideran como un derecho absoluto, porque es un derecho ideal que no requiere especiales regulaciones, puesto que consiste simplemente en exigir a los demás individuos, y sobre todo a los poderes públicos, una “total abstención” en esta materia, un simple “no hacer”, un simple “no intervenir”, un simple “respetar”. Hay otras libertades, por ejemplo, la

de matrimonio, la de reunión, la de asociación, las cuales, para su ejercicio o puesta en práctica, necesitan regulaciones jurídicas, que a veces requieren incluso la intervención positiva de los órganos del Derecho. En cambio, la libertad de pensamiento, de conciencia y de opinión no precisan de especial regulación positiva, pues basta con prohibir e impedir a todo trance las ingerencias y las coacciones de los demás individuos, y sobre todo el Estado.

Recasens Sices (Recasens: 1961,563) afirma: ¿En qué consiste el derecho de libertad de pensamiento?

De hecho no hay poder humano capaz de impedir el pensamiento de una persona. Incluso el más abominable tirano, que pretendiese limitar la libertad de pensamiento, no podría realizar tan malhadado propósito. Tal tirano podría amordazar y encadenar físicamente a un hombre, podría torturarlo e incluso matarlo; pero no podría de ninguna manera impedir el libre desarrollo del pensamiento de ese hombre. El pensamiento es, por su propia índole esencial, incogitable. Los cuerpos pueden ser encerrados, mutilados o despedazados. Pero no hay en la tierra poder capaz de frenar el pensamiento de un individuo. ¿Qué significa, pues, proclamar el derecho a la libertad de pensamiento? No puede significar la mera constatación de un hecho forzoso, es decir, de un hecho que no puede ser de otro modo.

Tiene que significar algo más y algo distinto. En efecto, significa que nadie debe ser perseguido, sancionado, dañado ni molestado por el hecho de que piense esto o aquello, de que piense de una u otra manera, de que tenga una u otras creencias, de que profese determinada opinión. Significa que el hecho de que una persona piense una cosa u otra, de este o de aquel modo, no debe ser causa ni pretexto para ninguna ingerencia de los poderes públicos, ni razón de ventaja ni de desventaja, ni de disminución o aumento de sus derechos. Significa que el Derecho, y consiguientemente los poderes públicos, deben reconocer que el pensamiento de todo individuo es materia por entero y en absoluto exenta de su jurisdicción.

Respecto del pensamiento, las normas jurídicas y las autoridades deben tener únicamente una función negativa y garantizadora de la libertad; es decir, no deben entrometerse ni ingerirse en absoluto dentro de la esfera íntima del pensamiento y de la conciencia, ni

sacar ningún efecto jurídico del hecho de cómo piense un individuo, sino que se deben limitar única y exclusivamente a reconocer y garantizar para el individuo la libertad plena y absoluta dentro de esta esfera.

El derecho absoluto de libertad de pensamiento de conciencia y de opinión se funda centralmente sobre la idea de la dignidad de la persona individual, sobre la esencia misma de lo humano. El pensamiento constituye la entraña más íntima de la persona humana. John Stuart Mill afirmó: “si la humanidad entera, con la única excepción de uno solo, fuese de una opinión, y solamente una persona fuese de la opinión contraria, la humanidad no tendría mayor derecho justificado a acallar a esa persona, que el que tuviese dicha persona para acallar a la humanidad si dispusiera del poder para ello”. Ya John Locke insistió mucho en el derecho que todo ser humano tiene a buscar por sí mismo la verdad, y por lo tanto, afirmó enérgicamente el principio de la libertad de pensamiento y de conciencia. Recalcó especialmente que ninguna mente humana posee la garantía de infalibilidad; y que, por tanto, resulta absurdo que una autoridad política quiera imponer su propio pensamiento a quienes disientan de él.

La expresión “libertad de conciencia” suele denotar la libertad del pensamiento en la esfera relativa a los temas religiosos y morales. En realidad, la libertad de conciencia está contenida dentro de la libertad de pensamiento. Si es habitual mencionarla de modo singular, esto se debe al hecho de que, históricamente, en la Edad Moderna, la manifestación de la libertad de pensamiento, que fue primeramente conquistada, fue la libertad de la conciencia religiosa. Por otra parte, de hecho, es a esta zona de la libertad de la conciencia religiosa a la que la mayoría de las gentes atribuye la máxima importancia dentro de la libertad de pensamiento. Y, con razón, pues mientras que las otras libertades versan o se proyectan sobre asuntos de las más variadas clases, muchos de ellos puramente terrenales, en cambio, la libertad de conciencia atañe a la entraña misma del espíritu y del destino del hombre. Ahora bien, ese destino –el que sea, el que cada uno entienda como tal– puede lograrse únicamente de modo libre, por sincera adhesión, por íntimo reconocimiento y por decisión personal.

El eximio jesuita español Francisco Suárez, formuló los principios sobre los cuales se basa la libertad de conciencia, al sostener que el Derecho positivo, el

Derecho humano, no puede imponer el cumplimiento de todas las virtudes ni prohibir la comisión de todos los vicios, por dos razones: primero, porque no es de su incumbencia, ya que las leyes humanas deben ordenar solamente aquello que de un modo directo e inmediato se relaciona con el bien común temporal; y segundo, porque la persona humana para cumplir con su misión moral, necesita de una esfera de libertad, dentro de la cual pueda decidirse por sí propia, pues de otra manera su conducta no pertenecería al campo de lo moral. Conforme a la Declaración de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas en diciembre de 1948 el principio de libertad de conciencia comprende todas las posibilidades, tanto cualquier creencia positiva como la duda, como también cualquier actitud negativa, es decir, abarca: profesar una u otra fe, dudar, o no profesar ninguna fe.

De esta esfera íntima de libertad de conciencia, se genera la libertad de expresión del pensamiento que también es un derecho fundamental pero que tiene efectos en la esfera externa, siendo por lo tanto ya no un derecho absoluto sino relativo y limitado al derecho de los demás, es decir tiene como límite la esfera jurídica de las demás personas, en función de resguardar la moral vigente y por motivos de orden público, esta limitación se traduce en el castigo de la calumnia y la injuria. Se derivan además de los derechos de libertad el derecho a la honra, a la imagen, a la creación intelectual, al trabajo y a la propiedad. Todos estos derechos, generan una esfera jurídica que dimana de la persona y por lo tanto es anterior al reconocimiento que de ella pueda hacer el Estado, por lo tanto, de ello deviene la obligación de ser protegida como un derecho inherente a la dignidad de la persona en tanto que sujeto y fin del derecho.

En nuestro sistema constitucional el aspecto axiológico de la Constitución vigente se encamina a dar primacía a la protección de la persona y sus derechos, se reconoce como deber fundamental del Estado esa protección y se establece como derecho humano la libertad. Por tal razón en nuestro derecho la libertad tiene un rango de derecho humano constitucional y de consiguiente los derechos de libertad derivados de la misma también, sean estos de conciencia, de pensamiento, de expresión, de acción, de trabajo, de industria y comercio.

Para nuestro trabajo lo anterior tiene importancia fundamental, tomando en consideración que el trabajo intelectual como máxima expresión de la personalidad

humana que genera los derechos intelectuales, particularmente los de creador, surge dentro de estos derechos y de igual manera la libertad de industria y comercio que genera los derechos de propiedad industrial surge también de este derecho.

Tal y como ya lo hemos expuesto nuestro sistema constitucional actual da primacía a la persona y sus derechos y entre estos el de libertad es fundamental, por lo cual el mismo sistema ha generado una serie de controles constitucionales sustantivos y procesales que pretenden hacer efectiva la garantía de la libertad. Dentro de estos controles el supremo es el principio de Supremacía Constitucional que se ha establecido como una garantía de la libertad. En este sentido los controles procesales se materializan en procesos constitucionales de amparo como garantía contra la arbitrariedad, habeas corpus como garantía de la vida e inconstitucionalidad como garantía de la libertad. De estos controles en el caso de los derechos intelectuales es fundamental el de supremacía constitucional que permite que los intérpretes judiciales desapliquen las normas jurídicas de cualquier naturaleza que sean que limiten, restrinjan o tergiversen los derechos que la Carta Magna establece, de tal suerte que los creadores intelectuales gozan de una amplia protección para su trabajo intelectual, el cual se resume en sistema de protección internacional de derechos humanos, un sistema internacional de protección de derechos intelectuales (que ahora se ha fortalecido con la entrada en vigencia del Acuerdo de Creación de la Organización Mundial de Comercio y su anexo ADPIC –Aspectos de Derechos Intelectuales relacionados con el Comercio–, la “protección del derecho interno (especial, civil, mercantil y penal) que se ve ampliamente fortalecida con los mecanismos de control de constitucionalidad en general y la inconstitucionalidad en particular.

#### 4. Los derechos intelectuales

El Dr. Karl J. Jorda, destacado profesor del Centro Legal Franklin Pierce en materia de derechos intelectuales, señala (Jorda: 1995.1) en su artículo “Derechos de Propiedad Intelectual, reflexiones sobre su importancia”, que la defensa de la propiedad intelectual hoy día es la nueva frontera como antes la eran los derechos humanos. El profesor Jorda cita en su trabajo a un alto funcionario del Departamento de Justicia de Yakarta, Indonesia, que afirmaba: “La necesidad de expandir nuestro conocimiento y mejorar nuestro desarrollo y dominio tecnológico requieren

una mayor disponibilidad de amplia información tecnológica a través del crecimiento y desarrollo del sistema de patentes. Sólo a través de la expansión del conocimiento, y del aumento del dominio tecnológico, podemos llevar a cabo eficientemente el proceso de transferencia de tecnología así como solucionar los problemas conexos. Especialmente hoy día, no puede ignorarse el rol que la propiedad intelectual juega en el mercado internacional, que cada vez es más importante. Como vemos, por todos lados se están modificando y modernizando los sistemas de patentes, con objeto de establecer una protección fuerte y efectiva para todos los productos y procesos inventivos. Y una efectiva protección de patentes ha de redundar en el interés de los países que desean liberalizar su economía y de ese modo hacerla competitiva en el mercado mundial. Por otro lado, no se conocen países donde se haya abolido el sistema de patentes, aunque los profesores Melman y Machlup, economistas famosos en los años cincuenta, después de revisar el sistema de patentes en un estudio encargado por el Congreso de los Estados Unidos, llegaron a las siguientes sorprendentes conclusiones: “Si no tuviésemos un sistema de patentes, sería irresponsable, sobre la base de nuestros conocimientos actuales y de sus consecuencias económicas, recomendar su implantación”.

El sistema de patentes ha sobrevivido a sus críticos. Hoy día no existen críticas al sistema de patentes. Para Mansfield, el sistema de patentes es un instrumento de suma importancia en lo que al desarrollo tecnológico se refiere, porque entiende que la inversión en investigación y desarrollo depende siempre del grado de protección de la propiedad intelectual. Mansfield concluye que dada la íntima relación existente entre la innovación industrial y el crecimiento económico, una adecuada protección de la propiedad intelectual es indispensable, tanto para países industrializados como para aquellos que están en vías de desarrollo. Una y otra vez se han presentado estudios y propuestas sobre alternativas a las patentes, como por ejemplo, sistemas de incentivos económicos a los inventores sin concesión de un derecho exclusivo; pero el sistema de patentes ha sobrevivido a estas y otras propuestas, porque el tiempo ha demostrado, en última instancia, que es la mejor y más viable alternativa.

En este sentido, el profesor español Carlos Fernández-Novoa, de Santiago de Compostela, en

su libro "Hacia un Nuevo Sistema de Patentes", ha estudiado otros sistemas alternativos, particularmente un sistema gubernamental de premios monetarios, y los ha rechazado. Textualmente dice que: "El sistema de patentes es el único sistema de incentivar la investigación tecnológica que es conciliable con el sistema de economía de mercado". Jorda considera que hoy día está fuera de discusión que un sistema fuerte de propiedad intelectual es indispensable para el desarrollo tecnológico, el cual estimula el crecimiento económico y el bienestar social.

Pero, porqué los derechos intelectuales han cobrado tanta importancia y de dónde se ha originado su rol protagónico en nuestros días.

En nuestro trabajo *El Derecho de Autor como Derecho Humano* (MELINI: 1992,4-77) hacemos un estudio detenido de estos derechos y en particular de la evolución que han tenido hasta determinar su naturaleza jurídica. De este trabajo nos permitimos resaltar los aspectos siguientes: En relación a sus antecedentes según lo afirma el autor Pedro Carlos Acebey (ACEBEY: 1971,55) este derecho ha evolucionado en América bajo una enorme influencia del sistema formalista de la antigua legislación española. En el derecho romano por su concepción materialista no existía un reconocimiento del derecho de autor y sólo se legislaban en él tres categorías de derechos: personales, de obligación y reales, y dentro de estos últimos sólo se admitía la propiedad de una creación intelectual exteriorizada en un cuerpo material (manuscrito, dibujo, pintura o escultura). Este extenso período de desconocimiento de los derechos intelectuales se extiende hasta el siglo XV, cuando con la invención de la imprenta, que permitió la conservación de la palabra y el pensamiento de los hombres, facilitando enormemente su reproducción y difusión, tuvo origen el sistema de los PRIVILEGIOS.

Este sistema, vigente en Europa durante los siglos XVI a XVIII, consistía en un permiso por el cual el Estado otorgaba a los autores, como una gracia especial, la facultad de imprimir y vender sus obras, de acuerdo a condiciones que se determinaban expresamente, previo un detenido examen de su texto, estableciéndose severas sanciones para los que infringieran esas disposiciones o publicaran una obra sin haber gestionado y obtenido el correspondiente "privilegio". Este sistema formalista, España lo transmitió al continente americano, con el agravante

de que este régimen de los "privilegios", fue más restringido en España que en otros Estados, dado que a los requisitos exigidos por los poderes públicos se agregaba la censura eclesiástica y los Reyes habían prohibido expresamente la publicación de todo impreso sin la correspondiente licencia. Se concedía por un término que variaba entre cuatro y doce años, aunque el término más común era el de diez años ampliándose estos términos cuando se hacía una reimpresión de la obra. No se podía hacer ningún agregado al texto aprobado del manuscrito o de la primera edición impresa, imponiéndose graves penalidades al autor o impresor que violara esa norma. También en las colonias inglesas de América se implantó un sistema formalista y casi todas sus disposiciones tomaron como modelo la ley sancionada en Inglaterra en 1709, conocida como "Statute of Anne" la cual otorgaba a los autores un derecho exclusivo para publicar sus obras por catorce años, bajo condición de que sus títulos se inscribieran en el Libro de Registro de la "Company of Stationers". Se mantiene pues en la mayoría de los Estados Americanos el sistema formalista de asegurar la protección de los derechos de autor mediante el cumplimiento de requisitos expresamente determinados por las leyes y decretos que rigen la materia, bajo sanción de declararse en suspenso los derechos de autor o de considerar, en ciertos casos, como de dominio público a la obra que no ha cumplido con dichas formalidades legales. También como consecuencia directa de una evolución progresiva de esta rama de derecho, agravada aún más por la antigüedad de muchas legislaciones vigentes en América, nos encontramos con una terminología jurídica deficiente que no está de acuerdo con los principios actuales, destacándose especialmente el empleo inapropiado del concepto "propiedad". La teoría de la propiedad se originó al suprimirse el sistema de los "privilegios" (Definido como "Una gracia fundada en justicia", según el famoso "arrest" de Luis XVI de fecha seis de septiembre de mil setecientos setenta y seis, cuando en Francia con la Revolución Francesa, la Convención dispuso por Ley del veintisiete de julio de mil setecientos noventa y tres el reconocimiento de la "propiedad literaria y artística", considerando que esa era la relación jurídica más adecuada y la forma más eficaz para que el autor gozara de sus derechos y dispusiera plenamente sobre los productos de su trabajo intelectual. La teoría moderna engendrada en una evolución cualitativa, fue iniciada por Edmundo Picard, al otorgar a los derechos de autor el carácter de una

nueva categoría en la clasificación de los derechos desde el punto de vista subjetivo. Más adelante se adoptó la denominación derechos de autor como más adaptado a las facultades cada día más amplias en el campo de la explotación económica de la obra, ese “derecho de hacer privilegiado” según lo afirma el autor Piola Caselli, flexibilidad que no tiene el concepto “propiedad” que se encarna y corporiza en una cosa exclusivamente y cuyo titular desaparece con la transmisión de sus facultades, mientras que el “derecho de autor” de características especiales vincula definitivamente al autor con su creación intelectual manteniendo siempre sobre ella ese derecho moral que permite velar por la fidelidad e integridad de la obra y reclamar sobre su paternidad. Este derecho no tiene límites de duración y su amparo interesa no sólo al autor y sus derecho-habientes, sino también a la sociedad, dado que toda creación intelectual enriquece su acervo cultural. La teoría del derecho moral ha adquirido tal importancia en los últimos años que ha pasado a ser el elemento característico y fundamental del derecho de autor y se lo ha reconocido expresamente en leyes y convenciones internacionales. En el año mil novecientos sesenta y seis en ocasión de la Reunión Interamericana de especialistas en Derecho de autor organizada por UNESCO en Río de Janeiro, se aprobó una recomendación por la cual se “afirma la perpetuidad de las prerrogativas inherentes al derecho moral”, y “se recomienda a los gobiernos de los Estados Americanos que elaboren normas para garantizar y preservar la integridad de las obras de dominio público). UNESCO: (1966,228).

En relación a la naturaleza jurídica del derecho de autor, en nuestra obra *La Protección Jurídica de los Programas de Computador en la Legislación Guatemalteca* (MELINI: 1986,3-10) comentamos ampliamente este tema y por la importancia que para este trabajo tiene, transcribimos algunos párrafos del mismo: Como lo afirma el tratadista mexicano David Rangel Medina en su obra *estudios sobre Derechos Inmateriales* (RANGEL:1971,40) “la propiedad intelectual es el conjunto de derechos resultantes de las concepciones de la inteligencia y del trabajo intelectual, contemplados principalmente desde el aspecto del provecho material que de ellos puede resultar”. Esta propiedad a la que también se le designa como propiedad inmaterial o con el rubro de bienes jurídicos inmateriales o con el de derechos intelectuales, comprende tanto los derechos relativos

a las producciones literarias, científicas y artísticas, como los que tienen por objeto las obras pertenecientes al campo de la industria, las marcas y otros signos distintivos de la empresa, que aunque no siempre puedan considerarse creaciones intelectuales, también caen dentro del marco de la propiedad inmaterial. De este concepto general de los bienes jurídicos inmateriales deriva una clasificación de los mismos en dos grandes categorías:

#### a. Derechos de autor:

Comprende las obras de la inteligencia y del ingenio que se manifiestan en el campo de la estética, de las artes y de obtener una justa retribución por la explotación lucrativa de la obra (LLOBET:s/a,16) y comprende las siguientes prerrogativas:

- Derecho de representación o ejecución
- Derecho de reproducción
- Derecho de traducción y adaptación
- Derecho de ejecución
- Derecho de transmisión

#### b. Derechos de propiedad industrial:

Su protección tiene por objeto:

- las patentes de invención
- los dibujos industriales
- los modelos industriales
- marcas (industriales, comerciales, servicios, colectivas, de forma)
- nombres comerciales
- expresiones o señales de propaganda
- las indicaciones de procedencia
- las denominaciones de origen
- represión de competencia desleal
- protección de las variedades vegetales
- protección de los conocimientos técnicos (know How)
- tecnología (en sus distintas fases)
- biodiversidad

#### 4.1 Contenido del derecho intelectual

El autor francés Claude Masouye (MASOUYE: 1981,35) nos señala que mediante la escritura, la imprenta, la palabra, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotografía, la cinematografía, la radio, la televisión, el disco o cualquier otro medio de comunicación con los demás hombres, el autor de una idea o de una serie de ideas, resultado de su imaginación creadora, ha revestido la concepción de su inteligencia de un cuerpo material

(*corpus mechanicum*) cabe preguntarse ¿Cuáles prerrogativas pueden derivarse para ese autor de la creación de su obra? La respuesta es el Derecho intelectual. Este reconocimiento legal es el interés general ya que la sociedad depende directamente de la proliferación de las creaciones intelectuales o sea de la promoción de la creatividad.

#### 4.2 Porqué debe protegerse el derecho intelectual

Siendo que el trabajo del creador puede considerarse como una de las más antiguas actividades del hombre, ello no implica que existía el derecho de autor que conocemos, o sea que no existía el entendimiento de que el autor debía ser titular sobre sus obras de un derecho especial de propiedad de carácter pecuniario, más o menos surtido de prerrogativas de orden moral. Es obvio que en Atenas, Alejandría y Roma, existieron numerosos escribas y luego en la Edad Media numerosos monjes, que produjeron o coparon obras en un número indeterminado. Así lo afirma Masouye, sin embargo, a partir de la revolución técnica que fue la imprenta en el siglo XV se permitió una multiplicación más fácil y más amplia de las creaciones intelectuales, generándose la cuestión de una participación de los autores en el rendimiento económico y comercial de la operación. En el siglo XVIII con la Revolución Francesa se consagra el concepto de derecho de autor, en este sentido los autores fueron protegidos de los revolucionarios, siendo frecuentemente sus escritos los instrumentos de la Revolución. Actualmente todos los países con arreglo a modalidades diferentes protegen estos derechos.

#### 4.3 Razones de la protección

En principio por una razón de justicia el creador debe obtener provecho de su trabajo, los ingresos que percibirá irán en función de la acogida del público a sus obras y de sus condiciones de explotación; las regalías, serán, en cierto modo, los salarios de los trabajadores intelectuales. Luego, por una razón de desarrollo cultural: si está protegido, el autor se verá estimulado para crear nuevas obras, enriqueciendo de esta manera la literatura, el teatro, la música, etc., lo anterior, porque nadie trabaja gratuitamente en su profesión o actividad, ello implica una tercera razón que es económica, la cual considera los costos en la producción de investigación y obras de cualquier naturaleza. En cuarto lugar por razones de orden moral, al ser la expresión personal del pensamiento del autor, este debe tener derecho a que se respete, es

decir, derecho a decidir si puede ser reproducida o ejecutada en público, cuando y cómo, y derecho a oponerse a toda deformación o mutilación cuando se utiliza la obra. Finalmente por razón de prestigio nacional; el conjunto de obras de los autores de un país, refleja el alma de la nación y permite conocer mejor sus costumbres, sus usos, sus aspiraciones. Si la protección no existe, el patrimonio cultural será escaso y no se desarrollarán las artes.

#### 4.4 La protección internacional

La protección sería incompleta e ilusoria si se viese limitada al ámbito territorial del país del creador, tomando en cuenta que una de las características de las obras intelectuales es que atraviesan fácilmente las fronteras, especialmente por los nuevos procedimientos de divulgación (cine, radio, televisión, fonogramas, casetes, videocintas, cable, internet, etc.) que facilitan una escala cada vez mayor de circulación de obras en todo el mundo, lo anterior implica tres elementos esenciales:

1. El deseo de cada nación de exportar sus obras, bien para dar a conocer su cultura, bien para obtener un beneficio económico o incluso, para influenciar el desarrollo cultural de otras regiones.
2. El deseo de cada nación de tener acceso a las obras de las demás, frecuentemente para mejorar su desarrollo cultural.
3. La interpretación de las ideas resultantes y que hace posible la edificación de una comunidad internacional.

Únicamente si no existiera protección internacional, los autores no recibirían el producto de la explotación de sus obras en el extranjero, generando una competencia indebida en detrimento de las producciones nacionales. Como ningún país tiene el monopolio de las creaciones intelectuales, cada país crea y tiene algo que ofrecer a la humanidad, radicando en ello la importancia de establecer sistemas de protección internacional que salvaguarden los intereses de los autores y naciones en todo el mundo. Por lo anterior, se ha generado un sistema internacional de protección que cada año integra a la mayor parte de los Estados, siendo de tal naturaleza este sistema internacional de protección que actualmente puede afirmarse que ningún Estado puede aislarse del mismo sin que sus intereses económicos y comerciales se vean perjudicados.

#### 4.5 Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales

Para llegar al análisis de la naturaleza actual de los derechos intelectuales la institución jurídica ha evolucionado, como lo afirma Joao Da Gama Cerqueira en su obra "El Derecho del Autor como Derecho de Naturaleza Patrimonial", (CERQUEIRA: 1966, 53) hasta llegar a un derecho privado patrimonial, de carácter real, constitutivo de una propiedad mueble, en forma temporal y resoluble que tiene por objeto una cosa o bien inmaterial, denominase por ello, propiedad inmaterial o "jus in re intellectuall", para indicar la naturaleza de su objeto. Al lado de ese derecho e independientemente de él subsiste el derecho moral del autor, conjunto de facultades que deriven de los derechos inherentes a su persona constituyen prolongaciones de sus derechos de personalidad. El derecho moral del autor, como ya vimos y aquí lo repetimos no se confunde con su derecho patrimonial y si algunos autores lo distinguen como facultades diversas o como aspectos diferentes de un mismo derecho, o si consideran el derecho de autor como un derecho de doble naturaleza, eso resulta de su unidad aparente, unidad de concepto o de nombre que le atribuimos. En la realidad, sin embargo, los dos derechos a que aludimos son distintos y actúan en dos modos diferentes, entre los cuales, sin duda, puede haber relaciones, pero relaciones que se manifiestan en planos diferentes, sin cooperación esencial.

Conforme con lo anteriormente analizado es conveniente considerar –aunque brevemente–, cuál es el fundamento de estos derechos, tema que ha sido analizado entre la creación propiamente dicha y el trabajo que materializa dicha creación. Se ha considerado que el derecho intelectual se traduce en el poder de una persona sobre determinada cosa, aunque inmaterial, con exclusión de otras personas. Siguiendo esta concepción el autor Kohler afirma que la creación es el "modo" de adquirir derecho sobre el objeto creado, el trabajo según su doctrina constituye el fundamento del derecho. O sea que los derechos intelectuales se fundamentan en el trabajo; el derecho de la creación constituye el modo de adquisición del derecho, del cual es objeto la propia creación. La ley protege el derecho intelectual, no sólo para reconocerle la legitimidad del fundamento sino también por considerar digna de amparo y tutela sus actividades por los beneficios que trae a la colectividad.

Determinada la naturaleza de los derechos intelectuales desde el punto de vista doctrinario es preciso delimitarlos conforme la legislación guatemalteca para determinar cuál es su naturaleza conforme a nuestro sistema jurídico vigente.

Como ya hemos apuntado la dignidad humana en tanto que manifestación divina en cada ser humano se manifiesta en una esfera interior que como un círculo dimanante genera un derecho absoluto de libertad, del cual como punto de matriz se generan y derivan los derechos de libertad de conciencia, libertad de creación intelectual que mediante el trabajo creador permite la producción de la obra intelectual, la cual se aplica a la estética para materializar los derechos de autor o mediante la libertad de industria y comercio que se materializa en los derechos de propiedad industrial. Tal efecto determina que las obras que se manifiestan en soportes materiales sean objeto de tráfico mercantil y deriven hacia la colectividad el beneficio de su aplicación. Por tal razón, y dada la importancia que tienen como manifestación de la personalidad humana, nuestro sistema jurídico siguiendo las más modernas corrientes doctrinarias los regula como derechos fundamentales, de tal manera que dentro de esta categoría de derechos gozan de una amplia esfera de protección mediante los sistemas internacionales de protección en el derecho internacional de los derechos humanos, en los sistemas internacionales de protección de derechos de autor, en los sistemas internacionales de protección de los derechos de propiedad industrial, en nuestro moderno derecho constitucional con sus sistemas de defensa del orden constitucional y en el derecho interno que regula los mecanismos procesales que garantizan su eficacia.

Por lo antes expuesto, podemos afirmar que en nuestro país los derechos intelectuales se encuentran regulados como derechos humanos, como derechos de propiedad de naturaleza mueble que se adquieren no por concesión del Estado, sino como consecuencia y producto del trabajo creador; siendo las patentes o certificados de registro el reconocimiento estatal al ejercicio del derecho de libertad que hacen los creadores intelectuales. Este trabajo creador se traduce en las obras destinadas al beneficio de la colectividad. En este sentido, es importante considerar que existe un lapso entre el momento en el cual surge el trabajo creador en la mente de su autor y aquél en el cual la colectividad se beneficia con el uso del mismo y del conocimiento derivado de

éste. De tal suerte que la desigualdad de que habla el autor Hayek en relación a que el uso y aprovechamiento del conocimiento es escalonado, es real y varía en su extensión dependiendo de la naturaleza de la creación intelectual así tendremos que en cada categoría de obras existe un lapso diferente.

## 5. El uso ilimitado del nuevo conocimiento

Conforme con la naturaleza espontánea del uso del conocimiento en la sociedad a lo largo de su historia y las regulaciones deliberadas que se han emitido en reconocimiento al trabajo creador, corresponde ahora analizar los alcances del análisis de Hayek (Hayek: 1992,126) en relación a que el desarrollo del conocimiento goza de tan especial importancia porque, mientras los recursos materiales, permanecen escasos y han de reservarse para propósitos limitados, los usos del nuevo conocimiento (donde no se reduzcan artificialmente mediante patentes de monopolio) carecen de límites. Una vez logrado, el conocimiento se convierte en algo graciosamente obtenible en beneficio de todos. A través de este libre uso del conocimiento, adquirido por la experiencia de algunos de los miembros de la sociedad, se hace posible el progreso general. Los logros de aquellos que han marchado a la cabeza facilitan el avance de los que les siguen.

O sea que analizaremos si tal y como lo afirma Hayek el uso del nuevo conocimiento carece de límites en donde no se reduzca dicho uso artificialmente mediante patentes de monopolio. Visto lo anterior, es necesario analizar en primer lugar a qué tipo de conocimiento se refiere el autor, toda vez que como ya hemos apuntado al referirnos al orden espontáneo existe un conocimiento de tiempo y lugar que todos los hombres poseen en distintos lugares y regiones que no es accesible a ser integrado para efectos de generar un orden deliberado, el cual es distinto al conocimiento que es producto de un trabajo de investigación y desarrollo tecnológico que es deliberado en determinadas áreas del saber humano. Lo anterior es importante porque la afirmación de Hayek tiene distintos efectos, dependiendo del tipo de conocimiento al cual nos enfoquemos. Efectivamente, si el autor se refiere al uso ilimitado y libre de un conocimiento que espontáneamente surge en la colectividad como consecuencia de su evolución cultural su afirmación puede ser aceptada, en tanto

que como él lo afirma a lo largo de su extensa obra el progreso no ha sido producto de la razón sino de una categoría que él ubica entre el instinto y la razón, de tal manera que siendo infinito el número de sucesos en los cuales se da un proceso de acumulación de conocimiento, los seres humanos van mediante adaptaciones generando innovaciones que les permiten continuar su proceso cultural de manera espontánea y aprovechando libremente el conocimiento acumulado de sus antecesores que no conocen y además generando beneficios para otras personas que tampoco conocen.

Ahora bien, si el autor se refiere –como se infiere del texto comentado– a un conocimiento que es producto del esfuerzo de algunos en la generación de un nuevo conocimiento en el cual se invierten recursos, la situación es diferente, tomando en cuenta que de acuerdo a lo que hemos apuntado al referirnos al trabajo intelectual, el mismo no necesariamente es producto de un orden deliberado. Los supuestos del creador intelectual son infinitos y dependen de la naturaleza de su trabajo creador. Efectivamente desde el trabajo de equipos científicos de investigadores que invierten grandes sumas de dinero en investigación y desarrollo de modernas tecnologías en distintos campos de las ciencias para la obtención de innovaciones y adaptaciones a productos, pasamos por creadores intelectuales que generan mediante su trabajo aportes estéticos que se traducen en música, películas, videojuegos, etcétera, que no necesariamente son producto de investigación y desarrollo deliberado. Es más nos encontramos con los escritores y artistas que plasman en su obra aspectos inherentes a su personalidad que los diferencian infinitamente de otros creadores en las técnicas y percepciones de la realidad que concretan en su obra. De tal manera, que al igual que sucede en el orden social, en el orden del trabajo intelectual se da una generación espontánea de manera incesante, lo cual genera un cúmulo de innovaciones, adaptaciones que se traducen en aportes de nuevo conocimiento del cual se debe beneficiar la colectividad. La cuestión fundamental, se traslada a analizar si el control deliberado que según Hayek supone restringe el uso del nuevo conocimiento mediante sistemas de patentes, realmente restringe el uso de ese conocimiento o si por el contrario, la implementación de ese tipo de control supone todo lo contrario, o sea el estímulo a ese trabajo creador e innovador.

Lo antes expuesto, nos obliga a analizar si realmente los derechos intelectuales generan verdaderos monopolios a través del sistema de patentes o si por el contrario dada la naturaleza de los derechos en cuestión, no es posible aplicar técnicamente el concepto de monopolio a este tipo de instituciones.

Considero que la confusión en el uso de los términos surge de la evolución que la institución de los derechos intelectuales ha tenido en los dos sistemas jurídicos occidentales, el anglosajón y el latino. Efectivamente en el sistema primeramente indicado los derechos de propiedad surgen como consecuencia de la autorización que el Estado hace al creador generándole –como se ha afirmado por muchos tratadistas– un monopolio de explotación de su obra, que se traduce en la exclusión de otros del disfrute de los frutos de su trabajo. En ese sentido el uso exclusivo de los derechos corresponde al titular. En el segundo sistema con fuerte influencia romano-francesa los derechos de autor, por la prevalencia de la teoría patrimonial se consideraron siempre como propiedad de naturaleza de bienes muebles, y así se regula por nuestra legislación, de tal suerte que los derechos se generan como consecuencia del reconocimiento y otorgamiento que hace el Estado en el caso de las patentes y las marcas de esos derechos.

En el caso de la propiedad industrial han prevalecido dos sistemas, el primero, el sistema atributivo, que es aquél en el cual el uso es el generador de derecho y el segundo, ha sido el sistema dispositivo, en el cual es la presentación de la solicitud de registro la que es generadora de los derechos. Estos principios han generado fuertes problemas relacionados con la protección que los países dan a los signos distintivos, lo cual se pone de manifiesto con la creación de la Organización Mundial de Comercio y la entrada en vigor de su acuerdo de creación y anexo denominado Aspectos de Derechos Intelectuales relacionados con el comercio ADPIC que pretende la estandarización de la protección haciendo prevalecer el sistema del uso.

Sin embargo, como ya hemos afirmado en el apartado correspondiente, la evolución en las instituciones de los derechos intelectuales los ha llevado a ser considerados como derechos fundamentales de los individuos que surgen como consecuencia del ejercicio de su libertad creadora mediante el trabajo, siendo éste y no la ley o el Estado el que les genera su naturaleza patrimonial que se proyecta, según el tipo de obra,

sus características, alcances y efectos respecto al creador y la colectividad. Por lo anterior, el hecho de que aún se considere los derechos intelectuales –en ambos sistemas– como derecho de propiedad, independientemente de que sea el Estado o el trabajo creador el que genere sus efectos erga omnes es lo que determina la necesidad de su protección, la cual tiene como propósito el reconocimiento al trabajo creador por los beneficios económicos que ello representa.

La discusión sobre si los derechos de patentes constituyen monopolios ha sido abundante, para los que consideran que no lo son existen múltiples argumentos. Entre ellos el profesor Jorda señala que afirmar que las patentes constituyen monopolios es un concepto erróneo y este error de concepto ha provocado importantes prejuicios. Una patente de invención como tal nunca y de ninguna manera puede ser un monopolio. El pensamiento predominante hoy en día –y el Código de Patentes estadounidense así lo califica– es que una patente de invención es una propiedad –una propiedad como una casa o un auto o una acción– y no es un privilegio, un monopolio otorgado por el gobierno.

Los conceptos de patente y monopolio deben ser distinguidos claramente. Mientras en el monopolio algo se sustrae al dominio público, una invención se entrega al dominio público aunque durante un determinado plazo el inventor tenga derechos exclusivos sobre su creación. Es decir, un monopolio es algo del dominio público que el gobierno sustrae a la colectividad y concede a una persona o a una empresa. Un invento es algo que no existía antes y no era del dominio público. Es algo nuevo, novedoso, que al publicar la concesión de la patente enriquece al dominio público, con el conocimiento del invento, y al terminar el plazo de vida legal de la patente, el invento entra en el dominio público y podrá ser utilizado por cualquiera. Además, siempre hay otros productos competitivos, otras alternativas anteriores o posteriores. Por lo tanto, la patente no sólo está lejos del monopolio, sino que por el contrario fomenta y promueve la competitividad y, en consecuencia, el desarrollo de las empresas, lo que significa en forma más global, el progreso tecnológico del país donde están situadas, y esto, lo comprobamos todos los días.

En este sentido los profesores Daniel A. Zuccherino y Carlos O. Mitelman, de Buenos Aires, afirman en su obra “Una sólida Protección de los Derechos de

Propiedad Intelectual Como Herramienta de Desarrollo Económico” (ZUCCHERINO et al: 1994, 79, 97, 98, 99) “Sostenemos con absoluta convicción que no existen razones para calificar de “monopolio” la naturaleza de los derechos del inventor. Es cierto que la patente asegura a su poseedor una posición ventajosa, pero el tenedor de la patente está constantemente expuesto a ser superado por los competidores. Precisamente la patente estimula a los competidores a la búsqueda de nuevos caminos. No cabe sino concluir entonces: que la patente de invención es un derecho de propiedad. La propiedad es un derecho y nada más justo que la propiedad de quien crea. Cuando mayor es el ritmo de las innovaciones, mayor es la dinámica competitiva. La competencia inducida por la patente de invención es la que permite ampliar la pluralidad de alternativas. Por lo anterior se afirma que un sistema de patentes redundante en el interés de los nacionales por lo que no es correcto creer que el fortalecimiento de las patentes equivale a conceder monopolios a las empresas extranjeras. Un sistema de patentes, como se ha dicho redundante en primer lugar en el interés de los nacionales. Hay ingenio y capacidad inventiva por todos lados. Pero donde se desconoce el talento y la inventiva nacional los inventores y los científicos tienen que ir al exterior para poder proteger adecuadamente sus inventos, así se produce la denominada fuga de cerebros. La falta de protección genera perjuicios al desarrollo tecnológico y el crecimiento económico. Precisamente, hay cuatro incentivos que proporciona un sistema de patentes, a saber: inventar, mejorar invenciones menores, divulgar e invertir y es interesante subrayar que el incentivo para invertir es el más importante. Si la gente parece más inventiva en los Estados Unidos o Europa o Japón, ello no es un accidente. No es debido a los genes, a la educación, a la inteligencia o al destino. La implementación de un sistema de propiedad intelectual es crítica en razón del hábito mental que se promueve en la población. La ingenuidad y la creatividad humana no están dispersas disparejamente a través del orbe. Tales talentos están presentes en todo país. En algunos, desafortunadamente, falta la infraestructura posibilitadora de la protección efectiva de la propiedad intelectual. No debemos caer en el error de suponer que la protección de patentes sólo constituye una institución útil para los países industrializados –un instrumento de protección exclusivamente adecuado para los propietarios de tecnología– sino que por el

contrario, es fundamental para aquellos países que se encuentran en los comienzos de su desarrollo industrial. Las naciones industrializadas líderes, Japón, Estados Unidos, Francia, Alemania o Inglaterra introdujeron la protección de patentes en una época en que todos ellos eran países “subdesarrollados” y la motivación predominante era superar el atraso tecnológico frente a otros, primero, mediante la importación y adopción de tecnología extranjera, y luego, mediante el progresivo desarrollo de una tecnología independiente. Este autor en relación a la corriente del uso libre del conocimiento y la tecnología afirma que “es la herencia común de la raza humana”, es decir, que toda la tecnología debe ser libre y sin trabas. El argumento que opondría a esta tesis Jorda es, pero si la tecnología debe ser regalada, ¿por qué no el petróleo y el oro? al parafrasear el comentario del Director de Patentes de Zimbabue, el Sr. Havboth Mvere, que afirma que “algunos países tienen petróleo, otros tienen oro y algunos países tecnología, y los países que tienen petróleo y oro tampoco lo regalan.”

En similar sentido el autor brasileño Antonio Chaves en su obra *Protección de los Derechos del Inventor* (CHAVES: 1978,34-36) afirma que: “La cuestión de propiedad científica sobrepasa los límites de una simple reivindicación individual a favor de ciertos sabios: domina el futuro mismo de la sociedad, el cual depende en gran parte del progreso de la ciencia. Si queremos que nuevos adelantos sean posibles, es indispensable desarrollar las investigaciones de la ciencia pura, lo que exige medios materiales, laboratorios, pero principalmente hombres: “Es necesario que una parte importante de la élite de la juventud sea orientada a consagrarse a la ciencia. El reconocimiento del derecho individual de la propiedad científica puede ejercer en ese sentido una influencia considerable...”

Franco Lener (LENER: 1960, 889-895) define la invención como “una solución nueva de un problema técnico, susceptible de realización en el terreno industrial”. Por su parte R. Plaissant M. Saporta (PLAISANT: 1953,81) definen la propiedad científica como el derecho para el autor de una invención no patentable, al reconocimiento de su paternidad y a sacar un justo provecho de su creación. El profesor Franco Benussi de la Universidad de Ferrara en su obra “Consideraciones sobre el futuro de las patentes de invención” (BENUSSI: 1975, 167-168) afirma que: “...desde hace algún tiempo se advierte en todas partes

un cierto malestar, debido especialmente a la actual estructura de la patente, que no corresponde ya a la realidad tecnológica del mundo contemporáneo y que por lo tanto se adapta mal a la realidad concreta. No es la invención como tal el objeto de esta incomodidad puesto que es sabido por todos que las invenciones han sido más numerosas en los últimos treinta años que en veinte siglos de historia. Y ni siquiera a través de un período de crisis decrece la utilidad de las invenciones, las cuales más bien han dado amplia prueba de su eficacia y de su capacidad de adaptación a cada una de las necesidades sociales, de manera que donde se quiera, las investigaciones podrán ser dirigidas hacia nuevos descubrimientos en el campo de la energía, de los problemas ecológicos, de la salvación y del desarrollo del tercer mundo. El problema que nos parece grave, es determinar si es eficaz la patente en su actual estructura para promover y para desarrollar las invenciones. Una respuesta negativa a la pregunta replantearía universalmente la cuestión con una consecuente transformación de la actual patente. Históricamente el origen de la patente, así como está estructurada hoy día, remonta al fin del siglo pasado y, excepto alguna modificación de escasa importancia, ésta ha permanecido siempre la misma en su filosofía y en su finalidad.”

El autor mexicano Jaime Delgado en su obra “Las patentes de invención y la propiedad industrial, llave del progreso” (DELGADO: 1971,289) afirma: en efecto, qué objeto tendría el que un inventor trabajase arduamente, que dedicase gran parte de su vida al desarrollo de un nuevo descubrimiento si, mediante la abolición del sistema de patentes, su invención caería al dominio público para que cualquiera pudiera legalmente usurparla. Esto es contrario a la lógica y contrario a los principios fundamentales del derecho. Para que un investigador ponga su mejor ahínco, su mayor esfuerzo para lograr el desarrollo de una invención es preciso que tenga estímulo.”

El Director del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de París, Francia, en su artículo “Investigación, Desarrollo y Patentes” Francois Savignon (SAVIGNON: 1966, 249-250) define la patente como un monopolio privado de explotación y afirma ¿Tan sencillo es después de todo? Porque uno se puede preguntar y la doctrina no ha dejado de hacerlo notar, si hay una especie de paradoja cuando se dice que la patente es un monopolio privado de explotación: monopolio, escándalo para la escuela liberal, privado, escándalo para la escuela socialista.

Y aun hoy en día no faltan teorizantes que consideran la patente con profunda desconfianza, que incluso hablan de una crisis de la patente y que consideran próxima su desaparición. Por consiguiente, puesto que estamos un poco habituados a tener en cuenta la patente, es tan natural que la miremos como una especie de complemento indispensable de la invención de carácter técnico y económico. He ahí una cuestión que no pretendo resolver, pero sobre la cual quisiera, no obstante, indicar a ustedes mi parecer. En el origen de la patente se siente el acto del príncipe, es un privilegio destinado a recompensar a un inventor particularmente agradable al príncipe, por ejemplo, porque hubiera tenido éxito al implantar o desarrollar creaciones de naturaleza artística. Ese carácter todavía perdura en algún grado y algunos piensan que la patente es una especie de recompensa. Pero, en ese terreno, de recompensa en estado absoluto, es muy cierto que algunas veces la patente aparece como injusta, y algunas ocasiones desproporcionada. Y, si se reprime aquella idea de la patente como recompensa, ¿por qué no también la de una patente por los descubrimientos científicos? Sin duda no hay relación directa entre el mérito del esfuerzo y el beneficio económico derivado del sistema de la patente. Pero se ha producido una profunda evolución en las condiciones de la investigación y del desarrollo que las ha convertido en las actividades cada vez más arraigadas en la economía al nivel del Estado y al nivel de la Empresa. En estas condiciones, los problemas de su financiamiento han alcanzado una importancia considerable y la patente ha cambiado de carácter, en cierta medida ha llegado a ser la garantía, el regulador del financiamiento de la investigación. Por consiguiente, me parece que las condiciones del mundo moderno, lejos de considerar inútil la patente, justifican plena y profundamente esa institución por razones que quizás no existirían en una economía donde la investigación y el desarrollo tuviesen un carácter menos económico y menos continuo que en el mundo contemporáneo.

Dentro de los más recientes trabajos sobre este tema está el artículo “Patentes de Invención y Bien Social” del argentino Horacio Spector (SPECTOR: 1991, 130-137) quien afirma que es usual definir un monopolio como una industria en la cual un solo productor vende un producto, satisfaciéndose las siguientes condiciones: a) el producto carece de sustitutos cercanos, y b) el ingreso de competidores está obstruido por altas barreras. Se dice que la

inexistencia de competidores le permite al monopolista maximizar su ganancia estableciendo una oferta escasa del producto a un precio alto y que, de esta manera, los consumidores del producto pierden en conjunto una cuota de bienestar con respecto a una situación en la que el bien consumido es producido competitivamente. La primera condición, que podemos llamar de no sustituibilidad, es crucial a la hora de determinar si existe un monopolio, porque si el producto tiene sustitutos cercanos, el productor no puede aumentar el precio sustancialmente sin perder ventas, de modo que su poder de fijar el precio unilateralmente se ve seriamente disminuido; en tal situación no puede afirmarse que exista un monopolio. Por ejemplo, una compañía, Astilleros Guaranés, ejerce un monopolio de hecho en la fabricación de botes de madera. Si de pronto se introducen en el mercado botes de plástico y a los consumidores les resulta relativamente indiferente remar en botes de madera o de plástico, ya no podrá sostenerse que Astilleros Guaranés detenta un monopolio.

En orden al esclarecimiento del concepto de monopolio, tenemos que encontrar el significado de "producto sustituto". En otras palabras, debemos contar con un criterio que nos permita determinar cuándo dos productos son recíprocamente sustitutos. Me parece claro que la sustituibilidad depende del deseo, finalidad o necesidad que el producto satisface o está destinado a satisfacer. Puede decirse que los botes de madera y de plástico son recíprocamente sustitutos porque tienden a satisfacer el mismo deseo, finalidad o necesidad. La segunda condición, para que el monopolista tenga el poder de percibir beneficios supranormales, es necesario no sólo que no existan competidores sino también que su entrada esté severamente restringida, el dominio del mercado debe tener una cierta prolongación en el tiempo para constituir un monopolio. Es por ello que hay que incluir en la definición de monopolio la condición de que el ingreso de competidores en la industria en cuestión esté obstruido ya sea por factores legales (como es una concesión) o por factores económicos (la presencia de economía de escala o el control de una tecnología novedosa).

Otro aspecto que menciona el citado autor es que las patentes de invención no disminuyen el bienestar, sino que, lejos de ello, encuentran una parte esencial de su justificación en el servicio que prestan a la

promoción del bienestar. El control de una tecnología novedosa puede ser visto como el fruto de la actividad de pioneros que conquistan zonas inexploradas del conocimiento tecnológico, los pioneros tecnológicos expanden las fronteras de la producción y de la técnica, realizan una actividad socialmente útil y necesaria para el bienestar humano. Mejorando técnicas de cálculo introducidas en los años 50 por Robert Solow, reciente Premio Nobel de economía, se ha sostenido recientemente que al cambio tecnológico debe atribuirse el 40% del aumento total del ingreso nacional per cápita en los Estados Unidos durante 1929-1957, y el 50% de dicho aumento en el período 1948-1969. Las patentes de invención tienen el mismo objetivo que el establecimiento de derechos de propiedad en nuevas tierras: constituyen un incentivo y un premio a una actividad socialmente útil. Nadie se dedica a ser pionero si no encuentra en ello suficiente atractivo. Las patentes son derechos de propiedad que se orientan a proteger los legítimos intereses derivados del pionerazgo tecnológico suficientemente acreditado. No son entonces privilegios o prebendas, sino una recompensa a una contribución objetiva al bien social. Finalmente el citado autor se refiere al argumento de que las patentes de invención afectan el derecho a la libertad en tanto en cuanto eliminan la producción del producto patentado o la utilización de la tecnología patentada del repertorio de opciones legalmente permisibles de todos los productores, salvo del titular de la patente, durante el plazo de validez de la misma. Puesto que el derecho a la libertad está en general revestido del status legal adecuado para ser invocado ante los tribunales, puede suponerse que toda pretensión legal basada en la naturaleza monopólica putativa de las patentes de invención descansa en última instancia en el argumento relativo a la violación del derecho a la libertad recién expuesto. Precisamente, la restricción de la libertad que origina los monopolios fue una de las cuestiones centrales en el caso Schenk y Nortron. En este caso la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito Federal, dio curso favorable a una acción por infracción a la propiedad intelectual iniciada por la firma alemana Schenk, titular de una licencia para fabricar un modelo de balanceador de ruedas y rotores, contra Nortron, que empezó a fabricar dicha máquina estando válida una patente sobre el modelo en cuestión emitida por la Oficina de Patentes de los Estados Unidos. Una de las defensas de Nortron fue caracterizar a Schenk como un "monopolista alemán". La Corte dijo que

“las patentes y las licencias son ejemplificaciones del derecho de propiedad” y todavía más claramente que “el derecho de patente no es sino el derecho de excluir a otros y es, bajo la ley, propiedad”. La Corte descarta de esta manera la tesis de que el otorgamiento de una patente elimina cursos de acción del menú de opciones legalmente admisibles de las demás personas. Por un lado, todo derecho de propiedad consiste en excluir a otros de ciertas actividades y tiene, por ende, el mismo efecto de “contracción del menú de acciones legalmente permitidas” con respecto a una situación posible en la que tal derecho no existe. Por otro lado, y lo que es más importante, el otorgamiento de una patente de invención no disminuye las “opciones preexistentes de los miembros de la sociedad, sino que ‘posterga la disponibilidad efectiva de opciones que recién aparecen con el otorgamiento de la patente’”. La Corte norteamericana lo expresó con términos concretos: “Una patente válida le da al público lo que antes no tenía”. En efecto, no ocurre tan sólo que las patentes de invención “conservan” la libertad preexistente de las personas, sino que, al representar un gran estímulo para el progreso tecnológico tienden a “maximizar” dicha libertad. Lejos de ser el derecho a la libertad un escollo para reconocer los derechos intelectuales, constituye una muy buena razón para hacerlo.

Por su parte Hayek, en abono a su criterio de que el uso del conocimiento es ilimitado en la sociedad donde no se establecen controles deliberados mediante un sistema de patentes, señala que la sociedad no es un sistema “racionalmente organizado” por ninguna mente o grupo de mentes humanas, sino que, por el contrario, es “un orden espontáneo”, es decir, un proceso en constante evolución, resultado de la interacción de millones de seres humanos, pero que no ha sido ni nunca podrá ser diseñado consciente o deliberadamente por ningún hombre. La esencia del proceso social, tal y como Hayek lo entiende, está constituida por la información o conocimiento de tipo estrictamente personal, subjetivo, práctico y disperso, que cada ser humano en sus circunstancias específicas de tiempo y lugar, va descubriendo y generando en todas y cada una de las acciones humanas que emprende para alcanzar sus particulares fines y objetivos, y que se plasme en las etapas de ese camino tan apasionante que supone la vida de todo ser humano. La capacidad innata del hombre para concebir constantemente nuevos fines dedicando su esfuerzo, ingenio e imaginación a descubrir y elaborar

los medios necesarios para alcanzarlos, constituye una fuerza poderosísima de creación y transmisión de información, que se encuentra en constante expansión y que hace posible el mantenimiento y el desarrollo de la civilización hacia colas de complejidad cada vez mayores. Hayek en relación a la propiedad señala que las modalidades de la propiedad hoy prevalentes nada tienen de perfectas, ni siquiera podemos vislumbrar cuál sería el contenido de la perfecta propiedad. La evolución cultural y moral nos impulsa a seguir avanzando en el paulatino perfeccionamiento de la propiedad plural, al objeto de alcanzar todas sus posibles ventajas. Debemos, por ejemplo, estar siempre dispuestos a adoptar cualquier medida orientada a garantizar la competencia en orden a impedir el abuso del derecho dominical. Tal logro, sin embargo, requiere que se avance aún más en la restricción de las tendencias instintivas que caracterizan al micro-orden, es decir, esos deseos de retornar el orden de reducido ámbito al que tantas veces nos hemos referido. Porque estas instintivas predisposiciones se ven frecuentemente amenazadas, en efecto, no sólo por la propiedad plural, sino también –y quizá aún en mayor medida– por la competencia lo cual induce a muchos a añorar la solidaridad no competitiva.

Aunque las formas adoptadas por la propiedad sean fundamentalmente fruto de las costumbres, y aunque los esquemas legales hayan ido forjándose a lo largo de milenios, ninguna razón hay para suponer que las específicas formas de propiedad que hoy prevalecen deban considerarse definitivas. Suele admitirse que las modalidades tradicionales de la propiedad ofrecen un abigarrado y complejo conjunto de aspectos que ciertamente cabe reestructurar y cuya óptima combinación en los diversos campos está todavía por lograr. Se han desarrollado recientemente especiales esfuerzos en este sentido a nivel teórico. Iniciada la marcha por los estimulantes aunque incompletos trabajos de Arnold Plant, tal esfuerzo ha sido proseguido por su discípulo directo Ronald Coase (1937 y 1960) quien ha publicado una serie de breves pero decisivos trabajos que han dado origen, a su vez, a una nueva escuela dedicada al estudio de “los derechos de propiedad” (Alchain, Becker, Cheung, Demsetz, Pejovich). Los resultados de tal esfuerzo –cuyo análisis no podemos abordar aquí con mayor detalle– abren nuevos horizontes en relación al posible futuro y perfeccionamiento de los esquemas reguladores de la propiedad.

A modo de ilustración sobre lo poco que aún se sabe acerca de la forma más conveniente de propiedad –pese a tener plena seguridad de que la propiedad plural es, en términos generales, siempre imprescindible para el buen funcionamiento del orden extenso– permítaseme hacer algunos comentarios en relación con una de sus modalidades. El lento proceso de selección, que, a través de sucesivos ensayos de prueba y error, fue en el pasado estableciendo las actuales normas delimitadoras de los derechos de propiedad ha producido situaciones verdaderamente peculiares. En efecto, los intelectuales que con tanta insistencia atacan el derecho exclusivo a controlar los recursos económicos por parte de sus propietarios (que tan imprescindible resulta a la más adecuada gestión del esfuerzo productivo) se convierten en auténticos entusiastas de cierto tipo de propiedad inmaterial sólo recientemente aparecida: la que ampara los derechos de autor y las patentes. La diferencia entre este y otros tipos de propiedad es la siguiente: mientras que en el caso de los bienes económicos el citado derecho permite orientar los escasos medios disponibles hacia su más oportuna utilización, en el caso de esos otros bienes inmateriales, de carácter también limitado, como son las obras literarias o los distintos descubrimientos, incide la circunstancia de que una vez realizados, pueden ser fácilmente reproducidos de forma ilimitada, por lo que sólo a través de alguna disposición legal –arbitrada quizá con la idea de propiciar la aparición de tales valores inmateriales– pueden convertirse en escasos, incentivándose así su producción. Ahora bien, no es en modo alguno evidente que el fomento de dicha escasez artificial sea la manera más efectiva de estimular el correspondiente proceso creativo. Personalmente, dudo mucho, que, de no haber existido los derechos de autor hubiera dejado de escribirse ninguna de las grandes obras literarias, razón por la cual considero que tal tipo de concesiones legales deben quedar limitadas a aquellos casos en los que sufriesen menoscabo en su publicación obras tan valiosas como las enciclopedias, diccionarios o libros de texto, en la medida en que, una vez editados, cualquiera pudiera indiscriminadamente proceder a su reproducción.

De manera similar, los estudios realizados al efecto no han logrado demostrar que los derechos de patente favorezcan la aparición de nuevos descubrimientos. Implican más bien una antieconómica concentración del esfuerzo investigador en problemas cuya solución es más bien obvia, al tiempo que favorecen el que el

primero en resolver los problemas en cuestión, aunque sea por escaso margen, goce durante un largo período del monopolio del uso de la correspondiente receta industrial.

De todo lo expuesto, pueden concluirse que la idea fundamental de Hayek está orientada a señalar que dado que el proceso de evolución cultural de la humanidad es espontáneo y no deliberado, la generación de nuevo conocimiento mediante aportes y creaciones intelectuales tendría necesariamente que darse incesantemente, independientemente de que exista o no un sistema legal de protección. Dicho en otras palabras, que por la naturaleza instintiva humana y como consecuencia de su experiencia en la prueba y el error, para sobrevivir el hombre tendría que seguir generando innovaciones a su proceso cultural independientemente de recibir o no un estímulo deliberado generado por el Estado mediante leyes de propiedad intelectual, ya que según afirma muchos de los descubrimientos protegidos, necesariamente tendrían que darse. Considero que el análisis que hace Hayek de acuerdo a lo que hemos comentado en este trabajo, es parcial, toda vez que únicamente se limita a analizar los efectos del derecho de propiedad inmaterial en relación a que según indica al limitar mediante una concesión estatal el privilegio de la patente se genera una necesaria escasez que tiene como aparente finalidad dar valor a la propiedad inmaterial. Tal aspecto omite considerar la naturaleza y origen de los derechos intelectuales que como ya ha quedado abundantemente explicado corresponde a la naturaleza intrínseca del ser humano, en tanto que persona, y por consiguiente una consecuencia del ejercicio de su derecho de libertad creadora y por lo tanto como producto de su trabajo creador, necesariamente tienen que ser reconocidos, protegidos y garantizados por el Estado al igual que los bienes *ius in re* que adquiere preocupación, compraventa o sucesión. De tal manera que no encontramos que exista una real contradicción entre el uso ilimitado del nuevo conocimiento en la sociedad y el sistema de derechos intelectuales. Por el contrario encontramos un elemento complementario el que exista una regulación que fortalezca y desarrolle el trabajo creador con la naturaleza espontánea del proceso social. Efectivamente la naturaleza del orden espontáneo, favorece la creación intelectual, y ésta a su vez fortalece los procesos de evolución social y de acumulación de información y conocimiento, de tal suerte que si las disposiciones generales garantizan la libertad y

derechos de propiedad de los particulares se fortalece el orden social y de ello se beneficia la colectividad.

También cabe considerar otro elemento que se deriva de la apreciación de Hayek, en el sentido de que el uso del nuevo conocimiento es ilimitado en donde no hay un control del sistema de patentes. Este elemento puede analizarse también en el sentido de que no todo el nuevo conocimiento que se genera en la sociedad es susceptible técnicamente de encontrar protección dentro del campo de los derechos intelectuales. Es decir, que existe infinita cantidad de creaciones intelectuales que espontáneamente ingresan dentro del proceso cultural de la sociedad que nunca son reivindicadas por sus creadores, es más, dentro del campo de los derechos de autor la tendencia moderna no requiere un depósito o registro, la obra se considera protegida desde que surge en la mente de su autor. Por otra parte en el campo del derecho de la propiedad industrial, en el caso del derecho de patentes se requiere que la creación cuya patente se solicite debe cumplir entre otros supuestos técnicos, el que sea novedoso, tenga nivel inventivo o sea que supere el estado de la técnica y que tenga aplicación industrial, y en el caso del derecho marcario el signo distintivo tiene que ser novedoso, arbitrario y distintivo. En ambos casos existe una gran cantidad de exclusiones y prohibiciones que generan que dentro del proceso espontáneo de la sociedad no todas las creaciones puedan técnicamente ser protegidas. Por lo tanto, muchas de estas creaciones no pueden ser utilizadas libremente en la sociedad por una parte porque generarían una lesión a la esfera jurídica de particulares y por otra parte cuando no son reivindicables, muchas veces son creaciones del dominio público que cualquiera podría utilizar sin restricción alguna.

En síntesis el uso del nuevo conocimiento puede darse respetando los derechos de propiedad de los creadores intelectuales que les reconoce la ley.

## Conclusiones

1. La generación del nuevo conocimiento es consecuencia del proceso cultural espontáneo de la sociedad que permite una incesante innovación y adaptación tecnológica de acuerdo a las circunstancias particulares de cada tiempo y lugar.
2. Los procesos de investigación y desarrollo tecnológico permiten que los países puedan generar bienes y servicios que incorporan las innovaciones generadas con el nuevo conocimiento, las cuales benefician inicialmente a sus creadores y posteriormente a la colectividad.
3. Los sistemas de protección de los derechos intelectuales se han generado en el mundo como consecuencia de la evolución cultural de la humanidad y del constante desarrollo de la capacidad inventiva y creadora del hombre, para garantizar a los creadores intelectuales los beneficios de su trabajo intelectual.
4. Los derechos intelectuales son derechos de libertad cuya característica es que su modo de adquisición es el trabajo intelectual.
5. La comunidad internacional cada vez más trata de ir regulando con mayor amplitud los alcances de la protección a los derechos de propiedad intelectual para asegurar una adecuada protección a la infinidad de creaciones intelectuales generadas con las modernas tecnologías. Estos sistemas son perfectibles y cada día se hacen esfuerzos por hacer más eficiente el sistema internacional de protección.
6. La reducción artificial del uso ilimitado del nuevo conocimiento por la sociedad, es una garantía de la libertad de los creadores del nuevo conocimiento, lo cual fortalece el sentido del progreso humano.
7. Los sistemas de protección de propiedad intelectual no son monopolios, toda vez que no limitan el uso del conocimiento, simplemente regulan que los beneficios derivados del trabajo intelectual sean reconocidos a sus creadores como prestación que les corresponde por su aporte a la humanidad.
8. El uso libre del nuevo conocimiento es posible cuando el mismo pasa al dominio público, por lo tanto el uso ilimitado se da únicamente en forma progresiva para aquel conocimiento que por su naturaleza de creación intelectual está regido por las leyes de derechos intelectuales.
9. Existe una amplia gama de creaciones intelectuales que se usan libremente por la comunidad por

corresponder a un proceso de generación espontánea y por no ajustarse a los estándares técnicos requeridos entran al dominio público sin requisito alguno. Esta generación espontánea es independiente de que exista o no conocimiento de la legislación tutelar de la obra intelectual.

10. La teoría sobre el orden de la libertad aboga por el uso ilimitado del nuevo conocimiento por la sociedad, en virtud de que el mismo se genera de manera dinámica y espontánea; mientras el sistema internacional de protección de derechos intelectuales que generan un control artificial del nuevo conocimiento por parte de la sociedad es consecuencia del reconocimiento del derecho de libertad creadora generado por el trabajo intelectual tomando en consecuencia los beneficios que los creadores aportan a la humanidad, por lo tanto no reducen sino únicamente regulan el uso del nuevo conocimiento por la colectividad.
11. En Guatemala, existe una amplia gama de protección sustantiva y procesal de los derechos intelectuales en la legislación constitucional, ordinaria y especial, así como en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y derechos intelectuales.
12. Destaca por su importancia la protección constitucional de la libertad mediante el principio de supremacía constitucional y el proceso constitucional de inconstitucionalidad.

## Bibliografía

### Diccionarios:

De Pina, Rafael. et al **Diccionario de Derecho**, Editorial Porrúa. México 1988

Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta, Buenos Aires. 1981

Sopena, Ramón. **Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española**. Editorial Ramón Sopena, Barcelona. 1975

### Libros:

Juarez Paz, Rigoberto. **Las condiciones de diálogo y otros Ensayos**. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. 1985.

Hayek, Friedrich Von. **El orden de la libertad**. Universidad Francisco Marroquín Guatemala. 1995.

Hayek, Friedrich Von. **Sobre la libertad**. Universidad Francisco Marroquín Guatemala. 1992.

Hayek, Friedrich Von. **La Fatal Arrogancia**. Universidad Francisco Marroquín Guatemala. 1990.

Melini, Edwin. **El Derecho de Autor como Derecho Humano**. Universidad Rafael Landívar, Guatemala. 1992.

Melini, Edwin. **Los derechos Intelectuales**. Universidad Rafael Landívar, Guatemala. 1995.

Melini, Edwin. **La protección jurídica de los programas de computador**. Universidad Rafael Landívar, Guatemala. 1989.

Rccasens, Siches Luis. **Filosofía del Derecho**. Editorial Porrúa, México. 1961.

Del Vecchio, Giorgio **Filosofía del Derecho**. Barcelona. 1974

### Revistas:

Benussi, Franco. **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y artística**. 25-26 México. 1975.

Chaves Antonio. **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística**. 31-32 México. 1978.

De la Torre Armando. **Revista de la Facultad de Derecho**. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. 1995.

Delgado Jaime. **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística**. 18, México. 1971.

Savignon, Francois. **Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística**. 8, México. 1966.

Spector, Héctor. **Derechos Intelectuales 5.** Astrea, Buenos Aires 1991

### Documentos

Asipi. **Estudios de Propiedad Industrial Presentados en el XII Congreso,** Lima. 1994

Jorda, Karl F. **Derecho de Propiedad Intelectual: Reflexiones sobre su importancia.** Caem, Guatemala. 1995.

Ompi. **IV Congreso Internacional Sobre la protección de los Derechos Intelectuales.** Guatemala. 1989.

“SÓLO HAY UN DERECHO HUMANO BÁSICO, EL DERECHO A HACER LO QUE SE TE DÉ LA GANA. Y CON ÉL VIENE EL ÚNICO DEBER BÁSICO, LA OBLIGACIÓN DE ASUMIR LAS CONSECUENCIAS.”

(P.J. Rourke)

“DE TODOS LOS JUICIOS QUE HACEMOS EN NUESTRA VIDA,  
NINGUNO MÁS IMPORTANTE QUE EL QUE HACEMOS DE  
NOSOTROS MISMOS.”

(Nathaniel Branden)

# El “Cyber Notary”: El Notario del Comercio Electrónico

## Sumario:

### Introducción.

1. El concepto del “Cyber Notary”.
2. Las funciones de seguridad informática del “Cyber Notary”.
3. Las funciones de seguridad jurídica del “Cyber Notary”.

### Conclusiones

## Introducción

Desde la década de los setenta del siglo pasado, en que se comenzó hacer uso de las redes EDI<sup>2</sup>, se utilizan los medios electrónicos para concluir contratos comerciales. Cuando el Internet se transforma en una red abierta y sus usuarios aumentan de manera vertiginosa, la contratación electrónica adquiere tales proporciones que hacen temer a muchos el principio del fin de las formas tradicionales

de hacer negocios. A pesar de que estos cálculos fueron por demás exagerados y que el llamado comercio electrónico<sup>3</sup>, no representa en los Estados Unidos más del 1% si se le compara con el comercio tradicional<sup>4</sup>, sí en cambio, tanto por el volumen de ventas<sup>5</sup>, como por el número de personas que utilizan los medios electrónicos para llevar a cabo transacciones comerciales, se hizo necesario un marco legal que ofreciera seguridad jurídica a esta nueva forma de hacer negocios.

Desde sus orígenes los tribunales reconocieron la validez de los contratos en cuya conclusión se había hecho uso de los medios electrónicos<sup>6</sup>, reconociendo que en las legislaciones de comercio electrónico se estableció de manera expresa<sup>7</sup>. Por lo mismo, en éstas se regularon de manera especial dos aspectos que

1 Profesor de Tiempo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

2 Las redes EDI —“*Electronic data interchange*”— ofrecen a los productores la posibilidad de intercambio de documentos comerciales a través de procedimientos electrónicos estandarizados.

3 Sobre el concepto de comercio electrónico y su regulación jurídica, véase: “What is electronic commerce?”, <http://www.bileta.ac.uk/00papers/lodder.html> (3/09/01).

4 Véase al respecto: periódico *Die Zeit*, “Zu schoen, um wahr zu sein”, 13 de julio de 2000, p. 21 y 22.

5 Se estima que en el año 2000 las transacciones electrónicas alcanzaron cerca de los 200,000 millones de dólares. Para el año 2003 se espera que este tipo de transacciones superen los 3,100 billones de dólares. Véase al respecto: Smith, Rob; Speaker, Mark; Thompson, Mark, “Comercio Electrónico”, Prentice Hall, 2001, p. 67 y; Smith, Carl, “La era de los negocios en la red”, en: *Internet World*, año 6, No. 2, 1999, p. 24.

6 Así, por ejemplo, una Corte Federal de los Estados Unidos en el caso “*Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie, Inc.*”, determinó que un convenio de “términos de servicio” y que se había celebrado en línea tenía validez legal. La empresa “*Hotmail*” proporciona un servicio de correo electrónico gratuito al cual es posible suscribirse a través de Internet haciendo clic en el convenio “*click-wrap*”. “*Hotmail*” demandó a “*Van\$Money*” por violación a la cláusula del convenio relativa a la prohibición del uso del servicio de correo electrónico de “*Hotmail*” para facilitar la transmisión de mensajes basura, también conocidos como “*spam*”. La corte federal determinó que el convenio “*click-wrap*” era una forma de obligación legal de los contratos hechos a través de Internet. También determinó que “*Van\$Money*” estaba obligada al convenio “*click-wrap*” con tan solo hacer clic en “*I Agree*” después de tener la oportunidad de ver los términos de servicio. Por otra parte, en Alemania en 1988 el Tribunal de máxima instancia en cuestiones civiles el: “*Bundesgerichtshof*” decidió que las comunicaciones realizadas por fax o por correo electrónico resultaban tan obligatorias como las comunicaciones realizadas en papel y firmadas de puño y letra. Véase al respecto: Bierce & Kenerson, P.C., “Electronic contracts: evidence and Cyber Notaries”. <http://www.biereckeneron.com/Articles/E-Contracts.htm> (1 de noviembre de 2001) y; Stroemer, Tobias, “Online Recht”, Dpunkt.Verlag, Heidelberg, 1999, p. 104.

7 Véase al respecto: Art. 80 del Código de Comercio; Art. 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y; Section 7, Inciso b) de la Uniform Electronic Transactions Act.

en la contratación electrónica presentaban problemas singulares: el perfeccionamiento del consentimiento y el requisito de forma. En el primer caso resultó necesario establecer normas que establecieran criterios para determinar la identidad del autor de la voluntad<sup>8</sup>, así como del momento y el lugar en que se deberían considerar por enviadas o recibidas las comunicaciones electrónicas<sup>9</sup>. En cuanto a la forma, la legislación de la materia determinó de qué manera se podrían acreditar en los documentos electrónicos los requisitos de escrito, de firma y, de documento original<sup>10</sup>.

No obstante que la legislación de comercio electrónico a nivel comparado alcanzó un alto grado de uniformidad, en algunas materias no existe consenso y se prefirió o, postergar su regulación o, regularlas sin seguir un parámetro generalmente aceptado. Este último fue el caso de la intervención de los notarios cuando el contrato concluido por medios electrónicos requiere cumplir el requisito de forma notarial obligatoria<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, en la regulación básica que rige el comercio electrónico, esto es, en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico (Ley Modelo), sólo se dejó abierta la posibilidad en tales casos, para que los Estados establecieran excepciones a la regulación general en materia de contratación electrónica y para que pudieran prohibir que los actos o contratos que, por motivos de orden público, debieran celebrarse ante un notario público se concluyeran haciendo uso de medios electrónicos<sup>12</sup>. Más estricta fue la Directiva

sobre Comercio Electrónico de la Unión Europea, la que simplemente establece que las actividades de los notarios quedan excluidas de las reglas especiales que regulan el comercio electrónico<sup>13</sup>. Sin embargo, otras legislaciones como la de los Estados Unidos o la mexicana establecen una norma para regular las actividades notariales cuando las respectivas manifestaciones de la voluntad se lleven a cabo haciendo uso de medios electrónicos. De esta forma, en el Art. 11 de la ley estadounidense denominada "*Uniform Electronic Transaction Act*" se establece que cuando la ley requiera que un documento o firma se notaricen, reconozcan, corroboren o, se otorguen bajo juramento, dicho requisito se cumple si la firma electrónica de la persona autorizada para llevar a cabo dichos actos jurídicos, junto con toda la información que requiera conforme a la ley que rija el acto, se anexe o asocie lógicamente al correspondiente mensaje de datos. Por su parte, en las reformas sobre comercio electrónico en México<sup>14</sup>, se adicionó el Código Civil Federal con un Art. 1834 bis que en su segundo párrafo dispone:

*"cuando la ley establezca que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología".*

La dificultad de regular las actividades notariales que se relacionan con contratos electrónicos consiste en

8 Por cuanto hace a la identificación del autor de un documento electrónico, se renunció a imponerle al titular del buzón electrónico desde donde se ha enviado el mensaje la obligación de responder por las comunicaciones electrónicas enviadas desde el mismo y más bien se optó por imputarle dicha obligación a la persona que realmente ha enviado el mensaje. Los sistemas de seguridad informática que en la práctica se suelen utilizar para identificar al autor de un mensaje: sistemas de passwords y el de la firma digital se reconocen como los medios jurídicamente idóneos para el efecto.

9 En segundo término, se presentan problemas para determinar jurídicamente cuáles deben ser considerados el momento y tiempo de envío y de recepción de los mensajes que sirven de soporte a la expresión de la manifestación de la voluntad. La determinación del tiempo de envío y de recepción resultan importantes para saber desde cuando queda concluido un contrato o, las partes obligadas por su dicho. Por su parte, la determinación del lugar en que se deben considerar como llevadas a cabo dichas manifestaciones, resulta importante, sobre todo por cuanto hace al derecho aplicable a los contratos.

10 Véanse los Arts. 6, 7 y 8 de la Ley Modelo.

11 Otro caso similar fue el de los títulos de crédito electrónicos.

12 Véase Art. 6, Inciso 3) de la Ley Modelo y 11, Inciso 2) y los comentarios a dichas disposiciones en la "Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico" disponible en: <http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ec.htm>.

13 Art. 1, Numeral 5, Inciso d).

14 Sobre la reforma del comercio electrónico en México véase: Cuestas Jaimes, Alejandra y González Garza, José, "México a la vanguardia de la contratación electrónica", *Revista del Abogado*, Mayo 2001, p. 20-25 y; Rojas Amandi, Víctor, "Regulación del comercio electrónico en México", *Jurídica*, Número 30, 2000, p. 385-409.

que la prestación de las mismas en el espacio cibernético supone contar con una infraestructura tecnológica informática compleja, normas jurídicas especiales y, con notarios que tengan buenos conocimientos en sistemas de seguridad informática. Sólo de esta forma sería posible que los actos notariales ofrecieran la seguridad y certeza jurídica que la intervención de un notario público proporciona en las relaciones contractuales tradicionales.

En diversos países se han propuesto proyectos para el desarrollo de sistemas de servicios de notarios electrónicos. Dignos de mención son el proyecto japonés denominado "Electronic Notary System" y<sup>15</sup> el proyecto estadounidense conocido como el "Cyber Notary" que fue propuesto en 1993 en el seno del Comité de Seguridad e Información de la "American Bar Association" (ABA). En el presente artículo se analizarán las características informáticas y jurídicas de este último.

## 1. El concepto del "Cyber Notary"

El "Cyber Notary" será una oficina cuasi-pública<sup>16</sup> que brindará servicios de seguridad, tanto informática, como legal e, incluso financiera, para las transacciones internacionales perfeccionadas en los Estados Unidos<sup>17</sup>. Desde un punto de vista estrictamente legal, el "Cyber Notary" será un notario, tal como generalmente se le conoce en los países de la familia del Derecho Neorrománica. Como tercero neutral y confiable podrá certificar la existencia de

los documentos que se relacionan con un negocio y, que la voluntad de las partes fue otorgada en los términos de la información que aparece en el mensaje de datos. Además, el "Cyber Notary" autentificará la legalidad y formalidades del contrato garantizando la eficacia jurídica del acto conforme a todos los sistemas jurídicos en donde el mismo deba ser ejecutado. Asimismo, podrá tomar juramentos o declaraciones y dar fe o certificar la firma de un documento o la veracidad de la copia de un documento. Por cuanto hace a la materia informática, el "Cyber Notary" estará calificado en firmas digitales y tecnología de seguridad de información, pues sólo así podrá certificar digitalmente mediante el uso de una clave pública criptográfica asimétrica la identidad de las partes y la integridad de la información contenida en los mensajes correspondientes, además de legalizar los elementos de las transacciones electrónicas requeridas para su validez jurídica, conforme a las leyes de Estados Unidos y a las extranjeras. Finalmente, los servicios de seguridad financiera que preste el "Cyber Notary" consistirán en una investigación en el buró de crédito e, incluso de los antecedentes penales de alguna de las partes involucrada en una transacción comercial.

Para la implementación de la Iniciativa del "Cyber Notary", el Comité de Seguridad e Información de la ABA<sup>18</sup> propuso tres tareas a ser desarrolladas: 1. la creación de una organización para acreditar a los notarios electrónicos internacionales, así como determinar y aplicar los criterios de evaluación tanto jurídicos como informáticos<sup>19</sup>; 2. asegurarse de que los órganos legislativos de los Estados Unidos reconocerán la validez

15 Véase al respecto: Oride, Katsuhiko, "Electronic notary system", en: [http://www.ecom.or.jp/qecom/about\\_wg/wg15/electronic.htm](http://www.ecom.or.jp/qecom/about_wg/wg15/electronic.htm) (16/06/01).

16 En este caso, el término notario deberá entenderse tal y como se utiliza en el mundo del derecho escrito. Esto es, como un profesional en el derecho debidamente designado, al cual se le ha otorgado una oficina pública para redactar, dar fe o certificar escrituras y otros documentos, incluyendo cesiones de bienes muebles e inmuebles y poderes relacionados con bienes muebles e inmuebles; certificar transacciones de títulos de crédito; constituir, modificar y disolver sociedades de responsabilidad limitada o; preparar testamentos y otros documentos testamentarios.

17 Véase al respecto: Kornowski, Joseph, "The specter of the Cyber Notary", en: <http://www.lacba.org/lalawyer/tech/notary.html> (7/03/01).

18 Dentro de la ABA existe desde 1995 existe un Comité del "Cyber Notary". Éste ha trabajado con el Consejo Estadounidense para el Negocio Internacional y la Unión Internacional del Notariado Latino.

19 El Consejo de los Estados Unidos para Negocios Internacionales, la Asociación de "Cyber Notaries", la ABA y diversas asociaciones notariales extranjeras se encuentran trabajando sobre los criterios de calificación legal que deberán acreditar a los "Cyber Notaries". Véase al respecto: Kennair, William, "El concepto y desarrollo del "Cybernotary"", ponencia presentada en la IX Jornada Notarial de Norte, Centroamérica y el Caribe de la Unión Internacional del Notariado Latino.

legal de los actos que se lleven a cabo los “*Cyber Notary*”<sup>20</sup> y; 3. obtener un reconocimiento legislativo similar en otros países fuera de los Estados Unidos.

Pero más allá de las funciones estrictamente jurídicas e informáticas del “*Cyber Notary*”, este personaje deberá contribuir a superar los problemas que existen para reconocer actos jurídicos que se crean en los Estados Unidos y que deben ser ejecutados en el extranjero<sup>21</sup>. Con el advenimiento del comercio electrónico se debe esperar que esta situación se vuelva más crítica, pues los riesgos en materia de seguridad que caracterizan de las comunicaciones electrónicas hacen necesarias su certificación y legalización<sup>22</sup>. El comercio electrónico internacional requiere una seguridad plena en la transmisión y en el contenido de las comunicaciones, y una certeza de que a estas comunicaciones se les dará un reconocimiento adecuado para asegurar su validez legal en el o, en los países en donde deban ser ejecutadas. En la actualidad, aún no existe, ni la infraestructura

técnica<sup>23</sup>, ni las normas jurídicas necesarias para dar satisfacción a estas exigencias básicas.

El Comité del “*Cyber Notary*” ha propuesto obtener reconocimiento internacional para los actos realizados por los “*Cyber Notaries*” vía la Comisión de Servicios Profesionales del TLC. El Consejo General para el Comercio Internacional del Departamento de Comercio revisó la propuesta, aprobó la idea y preparó un reporte sobre cómo dicho reconocimiento puede ser gestionado ante las instituciones del TLC. La oficina de representación de los Estados Unidos en el TLC tiene la propuesta. Asimismo, el proyecto del “*Cyber Notary*” está siendo estudiado por algunas jurisdicciones que pertenecen al sistema Neorrománico, tales como México, Quebec, Italia.

## 2. Las funciones de seguridad informática del “*Cyber Notary*”

La identidad de las partes y la veracidad del contenido de las comunicaciones electrónicas no representa mayor problema cuando las transacciones comerciales se

20 La legislatura del Estado de Florida ha recibido por parte del gobierno Federal de los Estados Unidos un proyecto de legislación mediante el que se reconoce los actos de los “*Cyber Notaries*”. En el mismo se dota a los “*Cyber Notaries*” de las facultades necesarias para que puedan llevar a cabo actos que sean reconocidos internacionalmente; se establece la posibilidad de utilizar firmas digitales y; donde los “*Cyber Notaries*” queden bajo el control y supervisión de la Secretaría de Estado. Además, en dicho Estado se está llevando a cabo un programa piloto para negocios que se celebren entre dicho Estado y varios países de América Latina. Por otra parte, se ha decidido que el principio jurídico aplicable al “*Cyber Notary*” es el de “*Locus Regit Actum*”, según el cual la ley del lugar de creación de un acto jurídico es la que rige la forma de los mismos. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”.

21 Las diferencias entre las diversas legislaciones nacionales por cuanto hace a los requisitos de fondo y forma para varios tipos de transacciones internacionales -dentro las que se cuentan los poderes y las transferencias accionarias-, han traído como consecuencia que con frecuencia se rechacen fuera de los Estados Unidos actos jurídicos que se han celebrado en dicho país. Esto es particularmente cierto en países cuyos sistemas legales pertenecen a la familia Neorrománica. Sin embargo, este problema también se ha presentado en países del *Common Law* como el Reino Unido, Irlanda y Sudáfrica. Esto ha traído como resultado una situación en la cual a las partes de Estados Unidos que desean asegurar el cumplimiento de los actos legales en el extranjero, se les ha pedido que soliciten asesoría y asistencia jurídica las que en muchos casos representan costos significativos. Anteriormente, los abogados de Estados Unidos que se especializaban en derecho de transacciones internacionales trataban este problema de forma inadecuada, a través de un proceso prolongado y engorroso en el cual el abogado lleva a cabo un repaso de los pormenores de la transacción y las formalidades legales extranjeras pertinentes, y redacta una opinión legal ->opinion letters-> afirmando que la transacción se ha llevado a cabo de conformidad tanto con las leyes de los Estados Unidos como con las extranjeras. Este proceso no sólo le cuesta al cliente una cantidad considerable de dinero, también exponía al abogado a una posible responsabilidad profesional para la cual el no podría estar adecuadamente asegurado. Además, debido a que el abogado inevitablemente sería concebido en el extranjero como la parte interesada, su opinión legal no podría satisfacer el requisito de imparcialidad que requieren algunas legislaciones extranjeras. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The Cybernotary: public key registration and certification and authentication of international legal transactions”. <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html> (24/10/01) y; Bierce & Kenerson, P.C., “Electronic contracts: evidence and Cyber Notaries”. <http://www.biereckenerson.com/Articles/E-Contracts.htm> (1/11/01).

22 Esto es particularmente cierto para las solicitudes comerciales en el ámbito internacional. En este caso, las diferencias legales y prácticas, y las dificultades para establecer relaciones de integridad entre las partes, incrementa la necesidad de mecanismos que le otorguen confiabilidad a las transacciones. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The Cybernotary: public key registration and certification and authentication of international legal transactions”. <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html> (24/10/01).

23 Bierce & Kenerson, P.C., “Electronic contracts: evidence and Cyber

llevan a cabo haciendo uso de redes cerradas, tal y como es el caso de las tradicionales redes EDI. Esto debido a que en estos casos, el simple acceso a la red por parte de terceros ajenos a la relación no resulta sencillo, además de que los sistemas de seguridad, en virtud del número de personas que tiene acceso a la red, puede ser menos complejo y puede ser aplicado de una manera más efectiva.

En cambio, el uso de sistemas de redes de abiertas –como es el caso de Internet– para llevar a cabo transacciones comerciales, facilita los accesos no autorizados a las transmisiones de las partes. Esto aumenta la posibilidad de fraudes y exige sistemas de seguridad más sofisticados y efectivos para prevenirlos. Concretamente, en estos casos, dichos sistemas deben garantizar que las comunicaciones electrónicas cumplan cuatro condiciones básicas: confidencialidad, integridad, autenticación e, irrefutabilidad. La confidencialidad consiste en que un tercero no tenga acceso a la información contenida en el mensaje. La integridad evita que un tercero pueda modificar dicha información. La autenticación permite a las partes asegurarse de la verdadera identidad de su contraparte. La irrefutabilidad asegura la posibilidad de probar quien ha participado en la comunicación. Hoy día, existe un sistema que permite asegurar dichas condiciones y al que se le conoce como método de cifrado simétrico –que se basa en el uso de una clave secreta para cifrar y descifrar– o asimétrico –en donde cada parte tiene una pareja de claves, una pública y otra privada, con la característica de lo que se cifra con una clave sólo se puede descifrar con la otra–<sup>24</sup>.

El “Cyber Notary” requerirá contar una alta calificación en materia de tecnologías de seguridad informática, pues deberá garantizar que las comunicaciones electrónicas que se generan en el contexto de una transacción comercial cumplan las cuatro condiciones de seguridad anteriormente referidas. Además,

dicha calificación será el presupuesto necesario para que el “Cyber Notary” pueda certificar y legalizar electrónicamente todos los elementos de una transacción comercial electrónica que son esenciales para su validez legal tanto bajo las leyes de los Estados Unidos como para las extranjeras.

El “Cyber Notary” corroborará la identidad de las partes y que las mismas aceptan como suyo el contenido de los mensajes que han enviado. Para el efecto usará una tecnología de seguridad conocida como “clave pública criptográfica” mediante la que aplicará un mecanismo de autenticación conocido como “firma digital”<sup>25</sup>.

La firma digital<sup>26</sup> será utilizada por las partes de un negocio y el “Cyber Notary” asociará y autenticará las respectivas comunicaciones. La estrategia que se seguirá para el efecto se basa en el uso de un par de claves públicas, cada una de las cuales detentaría una de las partes, así como de una clave privada que sería la que abriría el sistema para el “Cyber Notary”. Éste es quien expedirá las credenciales del usuario para el registro de la clave pública de las partes. Para evitar posibles suplantaciones de identidad será necesario contar con una autoridad certificadora. Ésta deberá emitir un certificado digital mediante el que se acredite de forma fehaciente cuál es la clave pública de la parte en cuestión y se certifique la identidad y la capacidad de la misma por cuanto hace a cierta transacción en particular. Asimismo, se podrá certificar la legalidad y los requisitos de forma de los correspondientes actos jurídicos. Para el efecto habrá diferentes procedimientos según el nivel de certificación que se quiera otorgar<sup>27</sup>. Esto dependerá del tipo de actividad notarial que se requiera, desde únicamente dar fe de actos llevados ante el mismo, hasta la autenticidad de todos los requisitos legales de dichos actos. En el primer caso, bastará con determinar la identidad del usuario. Para operaciones más complejas se deberá investigar previamente la identidad y

24 Véase: Vázquez Gallo Enrique y Berrocal Colmenarejo, Juan, «Comercio electrónico, materiales para el análisis», Ministerio de Fomento, 2000, p. 17.

25 Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html> (24/10/01) y; Hillison, William, Pacini, Carl y Simason, David, “Electronic signature and encryption”, en: CPA Journal, Vol. 71, Número 8, p. 20-25.

26 La firma digital tiene como objetivo primario el mismo que la firma manuscrita, verificar la autoría de un mensaje por parte del receptor del mismo y que su autor aprueba el contenido del mismo. A este objetivo primordial se le suele añadir otra funcionalidad importante: asegurar la integridad del mensaje, es decir, que éste ha llegado entero y sin alteraciones.

27 Según el nivel de certificación que el usuario desee, el “Cyber Notary” es un funcionario de registro útil por muchas razones. Para los usuarios que deseen obtener sus credenciales sin tener que divulgar gran parte de su información financiera y personal a una entidad certificadora, el “Cyber Notary” puede ser un medio de confidencialidad al mismo tiempo que mantiene un procedimiento

capacidad del solicitante, y los requisitos de fondo y forma del correspondiente acto jurídico, además del historial crediticio del solicitante, valor de activos, antecedentes penales, etc., antes de emitir y certificar un código de acceso público.<sup>28</sup> Sólo cuando esto haya sido llevado a cabo se otorgará y certificará una clave pública<sup>29</sup>. De esta forma, los “*Cyber Notaries*” funcionan como un medio de acceso de seguridad para los usuarios del comercio electrónico.

La clave pública de las partes será registrada por el “*Cyber Notary*”, quién en el caso que en su carácter de tercero reciba una comunicación cifrada con la misma, procederá a confirmar la asociación entre la identidad del usuario y dicha clave pública. El “*Cyber Notary*” proporcionará una legalización y certificación de las transacciones independientemente del procedimiento de registro de la clave. El “*Cyber Notary*” enviará la clave pública con su firma digital a la autoridad certificadora. Ésta confirmará y certificará la

---

de registro riguroso y garantiza que la autoridad certificadora pueda confiar en él. Esto es muy útil, por ejemplo, cuando la entidad certificadora esté interesada en saber que el “*Cyber Notary*” ha realizado una indagatoria adecuada del procedimiento que se ha cumplido para obtener las credenciales del usuario, y no tiene ningún derecho o interés en conocer la información que proporciona el usuario -por ejemplo, si la autoridad que certifica es una asociación notarial interesada en facilitar las transacciones legales internacionales donde es necesaria la certificación cruzada por una asociación extranjera, o una agencia gubernamental está interesada en establecer las credenciales básicas del usuario para efectos legales federales o locales sin tener que conocer muchos datos privados. Además, en instancias donde la autoridad certificadora estará emitiendo un certificado para un código de acceso al público que el usuario empleará para transacciones de alto nivel (posiblemente exponiendo a la autoridad certificadora a una gran responsabilidad), la autoridad que certifica puede exigir una rigurosa revisión financiera y legal para establecer la buena fe del usuario. Este proceso exigirá al profesional contar con conocimientos sólidos en materia legal. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/en/cybernote.html> (24/10/01).

28 Cabe aclarar que, los lineamientos para las políticas para los procedimientos de registro serán dictados por las autoridades certificadoras y los pasos que lleve a cabo el “*Cyber Notary*” para registrar al usuarios deberán variar de acuerdo con el nivel de certificación que la autoridad certificadora proporcione. Aunque el procedimiento de registro cambiará de acuerdo a las políticas de la autoridad certificadora, existe un modelo de registro básico que puede ilustrarse para dar un aspecto del papel del profesional en el registro del código de acceso público y el proceso de certificación. En este modelo de registro básico un usuario que desea poseer un código de acceso público certificado aparece fiscalmente ante el “*Cyber Notary*” y solicita un registro para su clave pública para que pueda emitirse un certificado que lo obligue a identificarse en el código de acceso público (hoy en día, la solicitud no requiere de rasgos físicos sino de la ratificación por el solicitante). Esta solicitud puede realizarse ya sea en papel o de forma electrónica. Dependiendo del tipo de certificado deseado para el código de acceso público, el solicitante tendrá que proporcionar información personal acerca de su identidad, incluyendo su razón social, su dirección, y posiblemente otros datos específicos que ayudarían a establecer no sólo su identidad, sino sus facultades, situación financiera, etc. Para mostrar su conformidad con los lineamientos de las políticas de la autoridad certificadora, el “*Cyber Notary*” registrará apropiadamente al usuario, emitirá -o mejor dicho ratificará- un código de acceso público y enviará este código, firmado con la firma digital del “*Cyber Notary*”, a la autoridad certificadora. Esta autoridad certificadora emitirá un certificado aceptando la función del “*Cyber Notary*”, proporcionándole así al usuario un código de acceso público emitido y registrado para obligarlo en cualquier transacción en la cual el par clave se use para firmar. El “*Cyber Notary*” guardará toda la información del usuario utilizada para registrarlo en un archivo confidencial por unos años. Si se considera que este proceso ha creado una relación cliente-notario con el usuario, el “*Cyber Notary*” estará obligado a guardar confidencialidad no divulgando a terceros la información utilizada para establecer la buena fe del usuario para la emisión del certificado. De forma similar, si la autoridad certificadora confía en la labor del profesional para emitir un certificado de alto valor, el “*Cyber Notary*” podrá estar en una posición de notario-cliente cara a cara con la autoridad certificadora. El profesional necesitará estar afianzado y asegurado contra la falta de ética en este proceso. La forma en la cual un “*Cyber Notary*”, o cualquier otra entidad de registro, puede registrar a los usuarios de códigos de acceso al público para su uso en el comercio electrónico puede variar de la que se describe anteriormente. De esta forma, el “*Cyber Notary*” solamente puede estar involucrado en el proceso de inicio del registro, donde establece que el solicitante es quien dice ser y de hecho posee un código de acceso público que dice poseer. El resto de la transacción podría ser esencialmente un proceso llevado a cabo por la autoridad certificadora en la comunicación directa con el usuario. De forma alternativa, la autoridad certificadora puede no requerir la intervención de un tercero de confianza como un “*Cyber Notary*” y, en cambio, confiar en un agente de registro no independiente. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/en/cybernote.html> (24/10/01).

29 Dado su alto nivel de capacidad en materia de fianzas y de prácticas desleales en la práctica de los seguros, el “*Cyber Notary*” puede agregar un valor de gran significado para muchas de las transacciones en las que participa. Este valor agregado será muy útil para las transacciones que requieren una seguridad rigurosa para su exigibilidad tanto nacional como internacional. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/en/cybernote.html> (24/10/01).

investigación del "Cyber Notary" y otorgará un certificado digital<sup>30</sup> que garantiza la integridad y veracidad de la clave pública de la parte en cuestión<sup>31</sup>, misma que deberá ser utilizada en la operación correspondiente como firma de las comunicaciones.

Cuando un mensaje electrónico que se haya emitido en el contexto de transacciones comerciales se encuentre respaldado con una firma digital certificada cuya clave pública hay sido emitida por el "Cyber Notary", se debe considerar que el mismo cumple con los requisitos de autenticidad, integridad y no repudio. Esta confianza se crea a partir del software con que contarán los "Cyber Notary". Este software verificará la identidad de las partes, que el mensaje no haya sido alterado por su paso por la red y que, la información contenida en el mensaje recibido es la misma que la que se contiene en el mensaje recibido. Además, la firma electrónica certificada asegura que las certificaciones y autorizaciones que el acto jurídico en cuestión presupone para asegurar su validez legal han sido llevadas a cabo.

Una vez que el mensaje ha sido certificado por la autoridad certificadora, la información que envía una parte de negocios a su contraparte a través de una computadora que se encuentra unida a la misma red viaja encriptada<sup>32</sup>, es decir, codificada con claves secretas, de forma que un tercero no pueda capturar

esos datos y utilizarla. Esta codificación está basada en complejos polinomios matemáticos que transforman los datos en códigos prácticamente indescifrables, minimizando así el riesgo de que los datos puedan ser utilizados por terceros. De esta forma, los certificados digitales garantizarán que la comunicación entre dos partes de un negocio que se comunican mediante computadoras enlazadas a una red cumplan el requisito de confidencialidad y sean seguras y confiables.

La firma digital con la que trabajará el "Cyber Notary" supone el desarrollo de un sistema de claves seguras y de un conjunto de normas de autenticación y certificación. Ya se ha comenzado a trabajar en el desarrollo de una norma técnica común para proteger las relaciones de negocios en las redes abiertas como Internet. Para ello se están evaluando las claves para que las transacciones comerciales se puedan realizar con un alto grado de seguridad y, se está creando un protocolo, esto es, un conjunto de normas de autenticación y certificación que se deberá convertir en el estándar al cual se habrán de sumar el mayor número de notarios posibles en todo el mundo.

Además, el "Cyber Notary" podrá actuar como autoridad certificadora en operaciones notariales internacionales en donde por ley se requiera su intervención. En este último caso, el titular de una certificación digital de un "Cyber Notary" deberá

30 El certificado digital emitido por la autoridad certificadora contendrá la identidad del usuario, su clave pública, el periodo de validez del certificado, etc. Además se encontrará firmado digitalmente con la clave privada de la autoridad certificadora, lo que garantizará que el certificado no se pueda falsificar. Véase: Vázquez Gallo Enrique y Berrocal Colmenarejo, Juan, «Comercio electrónico, materiales para el análisis», Ministerio de Fomento, 2000, p. 21.

31 Existen diferentes tipos de certificados que podrán utilizar las autoridades certificadoras para garantizar la seguridad, según se trate del nivel de seguridad requerido. Para un nivel bajo bastará con un simple Certificado de Identidad; éstos se limitarán a establecer la identidad del titular de la clave pública. Dentro de éstos existen varios tipos: *Certificados Clase 1*: que se limitan a relacionar una llave pública con una determinada dirección de correo electrónico o con un nombre de usuario. Esta clase de certificados no identifican a su titular. Los *Certificados Clase 2*: comprueban que la información presentada por la persona que pretende obtener este certificado, contrastándola con la información que sobre esa persona consta en bases de datos de terceras entidades. Estos certificados tampoco dan seguridad sobre la identidad de su titular, aunque proporcionan indicios razonables de que su titular es quien dice ser. Los *Certificados Clase 3*, que exigen la presencia física del solicitante ante lo que se denomina Autoridad Local de Registro. Los Certificados de Autorización, que ligan una firma electrónica a una característica en especial y verifican si el titular las cumple o no, se podrán utilizar para verificar la capacidad de su titular. Con los Certificados de Transacción se podrá acreditar la existencia de un determinado acto o contrato. Los Sellos Digitales Temporales, servirán para acreditar que un documento existía en un momento determinado del tiempo.

32 Encriptar en su acepción básica, consiste en tomar un mensaje normal legible «en claro» y transformarlo en un mensaje teóricamente «ilegible», un «revuelto» en el que no se vislumbra la información del mensaje original. Los elementos para encriptar un mensaje son, básicamente tres: el mensaje, el algoritmo y la clave. El algoritmo indica el «tipo de revuelto» que se hará con el mensaje original (básicamente un conjunto de operaciones matemáticas) y la clave particulariza el algoritmo para cada caso concreto. La idea es que aún conociendo el algoritmo, si no se conoce la clave no es posible descifrar el mensaje. Las modernas técnicas criptográficas no sólo se aplican al cifrado de los datos de los mensajes para asegurar la confidencialidad de los mismos, sino que son la base para garantizar otros aspectos fundamentales para la seguridad de una comunicación de datos: la integridad del mensaje, la autoría e incluso el tiempo exacto en el que se generó.

comparecer personalmente frente al “*Cyber Notary*” e identificarse debidamente para poder utilizar el certificado. El “*Cyber Notary*” certificará la firma digital, o en su defecto, registrar y certificar una nueva para firmar los documentos legales correspondientes.<sup>33</sup>

### 3. Las funciones de seguridad jurídica del “*Cyber Notary*”

En materia de seguridad jurídica el “*Cyber Notary*” será competente para llevar a cabo certificaciones y autenticaciones transaccionales; otorgar certificaciones; tomar declaraciones electrónicas y; autenticar actos jurídicos.

Las certificaciones y autenticaciones transaccionales que llevarán a cabo los “*Cyber Notaries*” tendrán lugar sólo en transacciones de carácter internacional. El “*Cyber Notary*” dará fe de la identidad y de la capacidad de los otorgantes. Para cerciorarse de la identidad revisará las credenciales que las partes hayan presentado para la adquisición de su clave pública. Además, el “*Cyber Notary*” formulará un juicio de certeza de que el acto jurídico comercial cumple los requisitos legales de forma y de fondo conforme al derecho del lugar en que ha sido creado. Asimismo, el “*Cyber Notary*” garantizará que el acto jurídico será tan eficaz tanto en el lugar de su creación como en los países extranjeros en donde deba ser ejecutado. De esta forma, la certificación transaccional facultará a los “*Cyber Notary*” para llevar a cabo todo lo que los notarios en los sistemas jurídicos de derecho escrito tienen competencia para realizar, pero con un valor agregado: que el acto jurídico digital cumpla con los requisitos legales de fondo y forma tanto del país de su creación, como del o los países donde deba ser ejecutado<sup>34</sup>.

El “*Cyber Notary*” tendrá también competencia para certificar la firma digital del autor de una manifestación de la voluntad y; para tomar declaraciones memorizadas en un mensaje de datos. En el primer caso,

el «*Cyber Notary*» tendrá la facultad de verificar la personalidad del poseedor de una firma digital, la cual certificará, registrará y conservará. Ésta podrá volver a utilizarse infinitamente por éste, sin necesidad de certificarla nuevamente. El procedimiento será sencillo y muy cómodo para el titular de la firma, el cual deberá presentarse físicamente ante el «*Cyber Notary*» y mostrar una identificación y aportar sus generales. Esta información deberá incorporarse en el certificado que acredite la existencia de la firma digital, cuyo titular deberá usar para firmar sus documentos legales.

El “*Cyber Notary*” podrá también emitir certificaciones electrónicas para hacer constar algún hecho que haya atestiguado o, la existencia de un documento. Así, por ejemplo, podrá emitir copias certificadas de un documento o, certificar electrónicamente un mensaje de datos que de certeza sobre la existencia de un acto jurídico que ha sido otorgado ante el mismo. Una certificación electrónica será un mensaje separado anexo al mensaje del cual ciertos factores están siendo certificados por el “*Cyber Notary*”, el cual es firmado por él de forma digital. El efecto de esta certificación será similar a aquel realizado en una forma escrita en papel para muchos efectos. Por ejemplo, tal como con la copia certificada de un documento, el “*Cyber Notary*” puede emitir un mensaje electrónico certificado, cuyas características se reflejarán exactamente en un documento en papel firmado en la presencia del profesional. Por otro lado, una certificación de transacciones certificará ciertas cosas acerca de una transacción dada que no existen en un documento en papel, como podría ser una traducción certificada de un mensaje de datos archivado en un protocolo<sup>35</sup>.

El “*Cyber Notary*” autenticará la legalidad del mensaje y que el mismo se llevo a cabo cumpliendo las normas técnicas aplicables a las prácticas del comercio electrónico. A todo acto jurídico que haya sido firmado digitalmente ante el “*Cyber Notary*” recaerá un mensaje

33 Vease al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html> (24/10/01).

34 Esta certificación transaccional servirá para subsanar la desconfianza que causan en los países de la familia jurídica Neorrománica, los actos jurídicos que se llevan a cabo ante los notarios de los Estados Unidos. Véase al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html> (24/10/01).

35 Vease al respecto: Barassi, Theodore S., “The CyberNotary: public key registration and certification services for international services for international electronic commerce?”, en: <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html> (24/10/01).

de autenticación que dará eficacia jurídica a aquél. La legalización de transacciones legales será el área en la cual el "Cyber Notary" proporcionará un valor de mayor significado a las transacciones en las que interviene. Un documento de autenticación proporcionará gran valor al uso de mensajes electrónicos para autenticar no sólo el apego a las normas jurídicas del acto que se hace constar en el mensaje, sino también su conformidad con las normas de la práctica comercial electrónica. Por lo tanto, cuando un poder se ejecute y esté firmado de forma digital ante un "Cyber Notary", el profesional emitirá un mensaje de legalización anexo al poder el cual validará el contenido jurídico del documento, la firma digital usada para firmarlo, la identidad, capacidad, y autorización del firmante para ejecutar el documento, y el certificado público usado para certificar el código de acceso al público del firmante. En el caso de una parte cuyo código de acceso al público ha sido registrado por otro "Cyber Notary", o donde el certificado de código de acceso al público se ha emitido mediante una autoridad certificadora cuyos lineamientos conocidos por el "Cyber Notary" incluyen una solicitud extensa en cuanto a la identidad y autorización del usuario, este proceso no requerirá un proceso de investigación de gran alcance por parte del profesional. Por otro lado, cuando una de las partes tenga un código de acceso público con una certificación de bajo nivel o se haya registrado con un notario tradicional, el profesional tendrá que recurrir a un nuevo registro del usuario o, solicitar prueba comprensible de la identidad y facultades jurídicas del usuario. Este será el caso cuando el usuario pretenda ejecutar la transacción en representación de un tercero –por ejemplo, con base en un poder– o, desee que su transacción sea ejecutable en un país de derecho civil, donde se exigen requisitos rigurosos de autenticidad. En cualquier caso, la intervención de un "Cyber Notary" es insustituible. Ni la mera aplicación de una firma digital, ni la participación legal de un abogado o notario en los Estados Unidos satisface hoy día los requisitos de autenticidad para estos tipos de transacciones. El "Cyber Notary" combinará las funciones de verificación de la firma digital, de la práctica legal y, de la intervención notarial, para proporcionar un alto nivel de autenticidad internacional en una medida que exceda por mucho a la práctica actual.

## Conclusiones

1. Tanto en las sentencias de los tribunales como en la legislación sobre comercio electrónico se ha reconocido la validez de los contratos celebrados haciendo uso de medios electrónicos.
2. La regulación de los contratos electrónicos que deben de cumplir el requisito de forma notarial obligatoria resulta diferente en los diversos países. Así, por ejemplo, en Europa las actividades notariales se excluyen de la regulación del comercio electrónico. En México y en los Estados Unidos, en cambio, se prevé de manera expresa la intervención de los notarios en los contratos electrónicos.
3. Dentro de los proyectos de servicios de notarios electrónicos destaca de manera especial el del "Cyber Notary". Éste será una oficina cuasipública que brindará servicios de seguridad, tanto informática, como legal, e incluso financiera, para las transacciones internacionales perfeccionadas en los Estados Unidos.
4. El Comité de Seguridad e Información de la ABA ha propuesto tres tareas a ser llevadas a cabo para el desarrollo del proyecto del "Cyber Notary": 1. la creación de una organización para acreditar a los notarios electrónicos internacionales, así como para determinar y aplicar los criterios de evaluación tanto jurídicos como informáticos; 2. asegurarse de que los órganos legislativos de los Estados Unidos reconocerán la validez legal de los actos que lleven a cabo los "Cyber Notaries" y; 3. obtener un reconocimiento legislativo similar en otros países fuera de los Estados Unidos. Para el logro de este último objetivo, la oficina de representación del Gobierno de los Estados Unidos ante el TLC tiene una propuesta sobre el reconocimiento internacional de los actos realizados por los "Cyber Notaries" que deberá presentar ante la Comisión de Servicios Profesionales del TLC.
5. Desde un punto de vista de seguridad informática, el "Cyber Notary" deberá garantizar que las comunicaciones electrónicas que se generen en el contexto de una transacción comercial cumplan

- cuatro condiciones básicas: confidencialidad, integridad, autenticación e, irrefutabilidad. Para el efecto trabajará con una tecnología de seguridad conocida como firma digital.
6. Cuando una parte en un negocio utilice una firma digital certificada por una autoridad que otorgue la certificación a las firmas registradas por el “*Cyber Notary*”, se debe entender que ésta cumple con los requisitos de integridad, autenticación y no repudio del mensaje. El “*Cyber Notary*” será el responsable de la solicitud y el proceso de registro ante una autoridad certificadora para un código de acceso público certificado. Este código es una parte de un par clave, la otra parte es la clave secreta del autor, generada en el proceso criptográfico de un código de acceso público para firmas digitales. Un solicitante de un código de acceso público certificado, después de proporcionar al “*Cyber Notary*” la información personal acerca de su identidad, incluyendo su nombre real y dirección, facultades legales y capacidad financiera, será objeto de una investigación de seguridad. Al cumplir con los lineamientos de las políticas de la autoridad que otorga la certificación, el “*Cyber Notary*” tendrá que registrar la solicitud, emitir o ratificar un código de acceso público, y enviar éste junto con la fe de la firma digital del solicitante, avalada con su propia firma digital, a la autoridad certificadora. Esta autoridad entonces podrá emitir un certificado que proporcionará al solicitante un código de acceso público registrado y certificado que lo podría obligar en alguna transacción firmada con su par clave.
  7. En materia de seguridad jurídica, el “*Cyber Notary*” podrá llevar a cabo certificaciones y autenticaciones transaccionales, declaraciones, certificaciones electrónicas y, autenticaciones.
  8. En las transacciones de carácter internacional el “*Cyber Notary*” estará facultado para llevar a cabo certificaciones y autenticaciones transaccionales, lo que lo facultará para dar fe de la identidad y de la capacidad de los otorgantes, para cerciorarse de la identidad de las partes, para formular un juicio de certeza de que el acto jurídico comercial cumple los requisitos legales de forma y de fondo conforme al derecho del lugar en que ha sido creado y, para garantizar que el acto jurídico será tan eficaz tanto en el lugar de su creación como en los países extranjeros en donde deba ser ejecutado.
  9. El “*Cyber Notary*” tendrá capacidad para certificar digitalmente la firma electrónica del autor de una manifestación de la voluntad, para tomar declaraciones memorizadas en un mensaje de datos y, para emitir certificaciones electrónicas que hagan constar algún hecho que haya atestiguado o, la existencia de un documento.
  10. El “*Cyber Notary*” autentificará la legalidad del mensaje haciendo constar que el mismo se llevo a cabo cumpliendo las normas técnicas aplicables a las prácticas del comercio electrónico. A todo acto jurídico que haya sido firmado digitalmente ante el “*Cyber Notary*” recaerá un mensaje de autenticación que dará eficacia jurídica a aquél.

“CON EL TIEMPO, POR ESTA PEQUEÑA BRECHA PODRÍA ESCAPAR LA LIBERTAD DEL INDIVIDUO.”

(John Seldon)

## Los Presupuestos Filosóficos de un Estado de Derecho

El término *Estado de Derecho*, como el de la *democracia*, es ambiguo.

Mi propósito en este trabajo es aclarar el significado de cada uno de ellos desde premisas unívocamente “liberales”, para desde ahí poder desarrollar juicios de valor comparativos con *otras* interpretaciones no menos unívocas.

Por “democracia” entiendo el método, apoyado en el voto *mayoritario*, que emplea una población para decidir *pacíficamente* quiénes han de suceder en el ejercicio del poder coactivo, y por un tiempo *limitado*, a los que actualmente lo ejercen.

No es, por lo tanto, la democracia fin en sí misma sino sólo un *medio* para la escogencia de gobernantes. Las alternativas, históricamente, han sido o el principio hereditario, o la designación “a dedo” por un poder fáctico, o el simple asalto del poder con violencia.

Sobre el supuesto, además, de que “el poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente” (la fórmula feliz de Lord Acton), paralelo al uso del instrumento electoral del sistema democrático pretende *dispersar* el poder público entre el mayor número posible de personas. De ahí la famosa “división de poderes” en legislativo, ejecutivo y judicial propuesta por Montesquieu en su “Espíritu de las Leyes”.

Esa, a su vez, resultó de una lectura, más o menos acertada, que había hecho el distinguido pensador francés sobre la *realidad política* entre los británicos que le fueron sus contemporáneos (primera mitad del siglo XVIII).

Inclusive el ideal *federal* de gobierno (vigente hoy, por ejemplo, en los Estados Unidos, Suiza, Australia, Alemania, Austria, y en cierto sentido en la España de hoy, de acuerdo a su Constitución de 1978) se constituyó como un paso adicional hacia una dispersión del poder todavía mayor.

Ambas interpretaciones, de la democracia como medio y no como fin, y con separación de poderes, implican naturalmente el principio de la *alternabilidad en el poder* por los grupos políticos reunidos alrededor de *intereses* que les son respectivamente comunes, y también entre corrientes de pensamiento sobre la gestión de la cosa pública que pueden considerarse mutuamente en competencia y antagónicas.

También entraña la preocupación primaria sobre el peligro que para el pleno goce de los derechos humanos *individuales* a la vida, a la libertad, a la propiedad (hoy más frecuentemente llamados “fundamentales”) plantea *todo monopolio del poder coactivo*, hállese éste en manos de un hombre, una minoría, o una mayoría.

Thomas Hobbes introdujo en el vocabulario de la filosofía política el término de derechos “inalienables” de la *persona*, que de él recogieran más tarde John Locke y los constituyentes americanos (entre ellos, muy en particular Madison) y franceses (Sieyès, Condorcet), en el último cuarto del siglo XVIII.

Paradójicamente, tanta desconfianza hacia todo poder capaz de usar legítimamente de la fuerza, o de la amenaza del uso de la fuerza, deriva de una visión *pesimista* —que le había sido previa— sobre la naturaleza humana, cual nos ha sido mantenida hasta el día de hoy por la tradición cristiana.

<sup>1</sup> Director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad Francisco Marroquín.

Es la misma visión que, por una parte, fundamenta esos derechos “inalienables” (a la vez limitantes del poder público), y, por la otra, nos describe a ese mismo hombre como incurablemente afectado por las cicatrices abiertas en su voluntad por el pecado “original” atribuido a Adán y Eva.

De ahí que no sea aconsejable, en absoluto, *concentrar* la autoridad pública en pocas manos.

Por eso, no hay traducción más elocuente de lo mismo *en los hechos* de la vida diaria que el respeto a los derechos *iguales* de las *minorías*.

Todo ello en su momento se creyó garantizable, por una Constitución *escrita* mejor que por otra consuetudinaria (como las de la república romana y la democracia ateniense en el Mundo Antiguo, o las del “ancien régime”, en Francia, y de la británica todavía de hoy). Por supuesto, si incluía una “bill of rights”, un listado expreso de derechos individuales, con la condición de abarcar a los demás no mencionados.

El grito de “Libertad y Constitución” recorrió toda Europa durante el siglo XIX, hasta filtrarse por las mismas puertas de los Imperios autocráticos de Alemania, Austria, Hungría y la Rusia zarista, antes de 1914. Algo parecido había ocurrido en Iberoamérica con particular intensidad entre los años 1810 y 1825.

La experiencia constitucional, empero, pronto habría de mostrar cuán ingenuo había sido el sueño constituyente de aquellos racionalistas franceses de la época de la Ilustración que fueron, empero, los de mayor influjo durante los dos siglos subsiguientes. La “Revolución” estableció una separación hermética entre los poderes del Estado (de la que se supo aprovechar Napoleón). Además, exaltó al Parlamento o Legislativo a un señorío casi tan ilimitado como el de los reyes absolutos que la habían precedido. Adicionalmente, el concepto de “soberanía”, desplazado por Rousseau de la persona del monarca a la nación entera, se constituía en ciernes una promesa de dictaduras “democráticas”, tan ruinosas o más que las monárquicas: el reino del Terror, por ejemplo, bajo Robespierre, y los totalitarismos del siglo XX.

Todo ello hubo de ser el resultado lógico de una premisa contraria a la tradicional del cristianismo, la idea de que la naturaleza humana es buena y sólo es corrompida por las desigualdades ante la ley. Esto, a su vez, implicaba que el gobierno en una sociedad de iguales, representante del soberano, podía disponer de poderes *ilimitados*, como ya Platón lo había supuesto en su utópica “República” de “filósofos-reyes”, más de trescientos años antes de Cristo.

Esta confianza *excesiva* en la bondad de la razón, unida al triunfante avance del positivismo—sobre todo el jurídico—habría de desembocar más tarde en el desorbitado crecimiento de las funciones del Estado: el “Wohlfahrtsstaat” (“welfare state” o “Estado benefactor”). El ciudadano se halló entonces cada vez más recortado en la esfera de sus derechos fundamentales mientras se veía acosado por el progresivo cúmulo de las regulaciones de la maquinaria burocrática estatal.

El concepto del “Estado de Derecho” (*Staatssrecht*) se construyó como pretensión de remediar esa opresiva situación que toda Constitución meramente positivista no basta para poderla eludir.

El término, paradójicamente, surgió en la Alemania autoritaria dominada por Prusia a mediados del siglo XIX. Se pretendía trasladar al continente europeo la libertad de que gozaban los ingleses bajo “el Imperio de la Ley” (*the rule of law*). Hayek (en sus *fundamentos de la libertad*, capítulo XIII, nota al pie 26), comenta: “Probablemente no es accidental que el comienzo del movimiento teórico conducente al desarrollo del ideal del *Rechtsstaat* procediese de Hannover, reina que a través de sus monarcas había tenido más contacto con Inglaterra que el resto de Alemania”.

Sin embargo, los términos “*Staatssrecht*” y “*the rule of law*” no son exactamente equivalentes.

Para los juristas alemanes de mediados del siglo XIX (Robert von Mohl a la cabeza) la garantía de un verdadero Estado de Derecho descansaba en la creación de tribunales *administrativos*, que por especializados podrían identificar más claramente los abusos, aun los involuntarios, que se les filtraban en sus decisiones a los funcionarios de aquella intrincada madeja burocrática de responsabilidades y funciones.

Para los ingleses (en particular para A. V. Dicey), en cambio, el imperio de la ley residía en la obligada comparecencia, del Rey al último de sus súbditos, ante los *mismos* jueces de la jurisdicción *ordinaria*.

Los tribunales administrativos como los habían concebido sus autores fueron vaciados de toda la intención originaria –de nuevo gracias a las puertas abiertas al positivismo jurídico por el Parlamento imperial– durante la posterior dictadura “democrática” de Adolfo Hitler. Al final, se vieron tristemente reducidos al papel de meros fiscalizadores de la *legalidad* de las acciones de los verdugos en los campos de concentración, no de su justicia.

Para ese tiempo había surgido en Austria una tercera interpretación del Estado de Derecho de la pluma de Hans Kelsen, “La Teoría Pura del Derecho” que se ha impuesto en Europa e Iberoamérica.

Desde el punto de vista de Kelsen (La Teoría Pura del Derecho, Viena, 1927), el sistema jurídico ha de permanecer completamente cerrado en sí mismo. Todo lo ajeno al entramado legal –los valores de la cultura, las realidades sociológicas, las consideraciones metafísicas, la óptica teológica, etcétera– le son adventicios y deben ser, por tanto, excluidos de la teoría del derecho.

Supuso él que la estructura del derecho asemeja a una pirámide invertida que descansa sobre un vértice, la Constitución, y hacia cuya base hacia arriba se extienden sucesivamente la legislación ordinaria, los tratados internacionales, y los reglamentos y mandatos que emanen de la autoridad competente y que le son subordinados.

Para muchos tratadistas, principalmente alemanes, la raíz del positivismo jurídico moderno se retrotrae a Kant, cuando el ilustre filósofo en su “Crítica de la Razón Práctica” escindió el derecho de la ética; el primero, según él, determinando el fuero externo –o sea, en el ámbito fenoménico de los medios– y la segunda, normando el fuero interno de la conciencia en el reino noumenal de los fines, es decir, el de la libertad, el del hombre que se sabe libre porque se siente moralmente obligado.

Al ocaso del mundo clásico había dominado otro “positivismo”, el explicitado en el Código de

Justiniano (siglo VI) para el que “lex est quod Caesari placuit”, y resurgido en Bolonia a partir del siglo XII. Pero éste aún se traslapaba con los valores del iusnaturalismo y de la revelación cristiana, no los expulsaba.

Entre Justiniano y Kelsen se interpuso el ideal de la soberanía (= poder *ilimitado*) en la persona del rey (Jean Bodin, Los Seis Libros de la República, Libro I, Capítulo X, 1576) y más tarde de la nación, como ya dije, y, sobre todo, el monumental cambio conceptual que supuso la Revolución Francesa en el área de la justicia.

La Revolución, en su prosecución de la igualdad *ante la ley*, se enderezó principalmente contra la aristocracia, fuera ésta *noblesse d'épée* (de espada) o, más significativamente, *noblesse de robe* (de toga).

En parte, con razón. Los “parlamentos” (tribunales) del *ancien régime* descansaban sobre el principio hereditario, es decir, de judicaturas que se heredaban, se compraban o se vendían. El mismo Montesquieu vendió la suya.

En una sociedad todavía semifeudal, donde el status *adscrito* (al nacer) era superior al *adquirido* (como ocurría mayormente entre la burguesía comercial), los privilegios atribuibles al mero accidente de la cuna se hacían crecientemente insoportables para los hombres de ambición y empeño (el Tercer Estado por el que tan brillantemente abogó Sieyès).

Tal ahínco, sin embargo, llevó al extremo opuesto: la total subordinación del juez a la *voluntad del legislador*. Desde entonces, el juez devino un aplicador mecánico de la ley positiva, y su razonamiento, por ello, cada vez más deductivo y menos inductivo (o analógico). Esto es, el silogismo aristotélico se compondría de una premisa mayor (la ley promulgada por el legislador), una premisa menor, las circunstancias del caso en cuestión, y la conclusión (el fallo o sentencia).

La casación surgió en el derecho positivo francés como una extensión del poder legislativo, o sea, como una aclaración autorizada de la intención del legislador en las aplicaciones dudosas de la misma. Sólo con el paso de los años el proceso de casación quedó integrado en el poder judicial.

Desde la perspectiva que he querido llamar “liberal” (no rehúso tampoco el término de “neoliberal”) el Estado de Derecho es inconcebible sin ese referente anterior y superior a la voluntad del legislador. Significa eso que en áreas centrales del Derecho, como el Derecho Privado, el Derecho Penal y el Derecho Mercantil, el legislador habrá de atenerse siempre a no contradecir al Derecho natural o al Derecho consuetudinario evolutivo. Mi conclusión es que el positivismo jurídico dominante en Guatemala y en muchos otros países de Iberoamérica y Europa ha facilitado la destrucción de los valores y las instituciones más caros a la persona, como hemos visto en tantos regímenes tiránicos bajo Lenin, Stalin, Hitler, Mao, Paul Pot y Castro, por mencionar los más conocidos.

Con mucha razón F.A. von Hayek englobó la tendencia positivista, sobre todo en la propuesta de August Comte, como una auténtica contrarrevolución científica (*The Counterevolution of Science*, 1951) que hubo de culminar, lógicamente, en “la fatal arrogancia de la razón” (*The Fatal Conceit*, 1987).

Para los positivistas, el orden social debe ser *deliberadamente* (esto es, positivamente construido). El hombre, guiado exclusivamente por la lógica de una planificación a priori coherente, ha de comenzar *ab ovo* y darse a sí mismo el entero edificio normativo de la sociedad política. Las instituciones de la tradición (en primer lugar las de carácter religioso) siempre les fueron sospechosas de supersticiones; la razón, en cambio, de “lo claro y distinto”, como se había demostrado en las ciencias experimentales, suficientemente todopoderosa, inclusive hasta para rehacer a voluntad las estructuras sociales y liberar al “hombre nuevo” de toda atadura que hubiera sido ajena a los imperativos de la razón, ahora, por fin, científicamente “ilustrada”.

Un lucido exponente de esa intención lo constituyó el flamante “Código Civil” (1804), redactado en el más puro espíritu positivista por un equipo de “*sages*” presidido por Portalis, y que se conoce por el nombre de quien lo promulgó, Napoleón.

Lo mismo digamos del nuevo *calendario* revolucionario, ordenado, según el diseño del novísimo sistema decimal (impuesto asimismo por el legislador), y hecho coincidir con el año uno de la Revolución, vigente en el Imperio hasta 1808.

Ese fue el espíritu de los saintsimonianos, de los socialistas calificados por Marx de “utópicos”, y de los numerosos esquemas totalitarios del siglo pasado en torno a la planificación central del mercado, parcialmente vigentes en el enfoque social-democrático contemporáneo.

En Inglaterra, entretanto –el último baluarte en Europa del “*ius commune*” medieval–, John Austin (“The Province of Jurisprudente Determined”, 1832) formulaba un diferente acercamiento al positivismo, cuando hizo recaer en el ejercicio *eficaz* de la fuerza bruta la última *ratio* de la obligatoriedad de la ley.

## Conclusión

El positivismo, en cualquiera de sus versiones, hace imposible comparar la ley positiva promulgada por el legislador con cualquier otro tipo de ley que le pueda ser superior. Por el simple hecho de emanar esa ley positiva de la *voluntad* del legítimamente facultado para decretarla la ley es *justa*, y así entendida, nunca puede ser injusta y obliga universalmente a los sujetos a ella.

En cambio, si a la ley positiva se le puede comparar con un referente que le sea superior, ya sean las regularidades que se observan en el orden de la naturaleza (Cicerón, Séneca, Grocio, Puffendorf), ya sea con la inveterada costumbre (Polibio, Santo Thomas, el Talmud, la Sharía islámica, el *common law*...) entonces toda ley positiva puede ser catalogada de justa o injusta, de acuerdo a su concordancia u oposición con las normas que axiológicamente le son superiores (Hayek).

El proceso de Nuremberg (1946) puso al descubierto para todos, la miseria del positivismo que había llevado “legalmente” a los campos de concentración nazis y al Gulag soviético.

Hoy el mundo está empeñado en darle internacionalmente una base teórica más sólida al orden positivo emergido de la segunda guerra mundial, en el que los derechos fundamentales del hombre encajen con anterioridad lógica a la misma existencia del Estado.

La Unión Europea, por ejemplo, presenta en estos momentos una interesante evolución con los fallos de su Corte Europea de Justicia en Luxemburgo. Lo

mismo podemos anticipar del novísimo “derecho humanitario”, cuya concreción se decide principalmente en La Haya.

El siglo XXI parece abocado a la superación definitiva del positivismo en la medida en que los derechos humanos a la vida, a la propiedad, a la libertad, al debido proceso recuperen el lugar primigenio, al que con tanto “sangre, sudor y lágrimas” los grandes pensadores de la Ilustración contribuyeron.

“EL MUNDO NO HA TENIDO NUNCA UNA ACERTADA DEFINICIÓN DE LA PALABRA LIBERTAD, Y JUSTAMENTE AHORA EL PUEBLO AMERICANO NECESITA MUCHO UNA. TODOS NOS PRONUNCIAMOS POR LA LIBERTAD, PERO CUANDO USAMOS LA MISMA PALABRA NO LE DAMOS IDÉNTICO SIGNIFICADO...EXISTEN DOS COSAS, NO SOLAMENTE DIFERENTES, SINO INCOMPATIBLES, QUE DESIGNAMOS CON EL TÉRMINO “LIBERTAD”

(Abraham Lincoln)

“LA MAYORÍA MÁS PEQUEÑA DEL MUNDO ES EL INDIVIDUO.  
AQUELLOS QUE NIEGAN LOS DERECHOS INDIVIDUALES  
NO PUEDEN LLAMARSE A SÍ MISMOS DEFENSORES DE  
MINORÍAS.”

(Ayn Rand)

# Derecho y Economía



# La Unión Europea, Historia y Perspectivas

## Sumario:

1. La historia de los Tratados de Roma
2. El Acta Única de 1986
3. La Unión Económica y Monetaria
4. El Tratado de Maastricht
5. El euro, moneda única de la UEM
6. La actual situación de la Unión Europea
7. La ampliación de la Unión Europea
8. La PAC y los Fondos Estructurales
9. Los datos de los diez nuevos miembros
10. La crisis de la UE en relación con el PEC
11. El proyecto de Constitución Europea

El Escorial (Madrid)  
5 de agosto de 2003

Se me ha pedido que hable sobre la Unión Europea. La amplitud del tema es inmensa y, en todo caso, imposible de abordar con detalle en el tiempo en que me es lícito ocupar su atención. Por lo tanto intentaré hacer una síntesis del camino recorrido desde sus orígenes y apuntar someramente lo que se espera para el inmediato futuro.

## La historia de los Tratados de Roma

Cuando el Rey de los belgas, el Presidente de la República Federal de Alemania, el Presidente de la República Francesa, el Presidente de la República de Italia, la Gran Duquesa de Luxemburgo y la Reina de los Países Bajos se deciden a crear la Comunidad Económica Europea, declaran, entre otras cosas, que lo hacen, por una parte, “a fin de asegurar, mediante una acción en común, el progreso económico y social de sus países, eliminar las barreras que dividen Europa”, y, por otra, “en defensa de la paz y la libertad, invitando a los otros pueblos de Europa a

que participen de este ideal y a que se unan a este esfuerzo”. Como es bien sabido, el tratado de constitución de la Comunidad fue firmado, por los plenipotenciarios de las seis altas partes contratantes, en Roma, el 25 de marzo del año 1957. El año 1973, Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña se unen al Tratado, dando así paso a la Europa de los Nueve, ampliada a diez con la admisión de Grecia, en 1981, a doce, con la incorporación de España y Portugal, en 1986 y, finalmente, a quince con el ingreso de Austria, Finlandia y Suecia en 1995. El preámbulo del Tratado de Roma que acabo de evocar pone de manifiesto que se firmó, sobre todo, con el deseo de evitar que Europa, que acababa de salir de la guerra, se viese abocada a un nuevo conflicto armado. La cosa venía de lejos. En septiembre de 1946, recién terminada la Segunda Guerra Mundial, Winston Churchill en un discurso pronunciado en la Universidad de Zurich, había hecho un llamamiento a favor de una “especie de Estados Unidos de Europa”, y en mayo de 1947, bajo su impulso, se creó el movimiento “Europa Unida”, que, si bien era contrario al establecimiento de órganos supranacionales, estaba a favor de la cooperación intergubernamental. Esta preocupación de Churchill era totalmente explicable. En aquellos años reinaba por todas partes una sensación de angustia, como consecuencia de la difícil relación entre los dos bloques, con el diálogo Este-Oeste prácticamente roto o regulado por la fuerza; era la época del puente aéreo americano de Berlín. Este era el clima cuando, en 1950, Jean Monnet –el hombre que sin duda ha jugado el papel primordial entre quienes concibieron la idea de la unificación de Europa– tuvo la corazonada de inspirar lo que después se denominaría Plan Schuman, y que era ni más ni

<sup>1</sup> Doctor, Ingeniero Industrial, académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras.

menos que la búsqueda del camino que, conducente hacia la Comunidad Europea, habría de asegurar la paz, partiendo de la resolución de un problema económico, y más concretamente todavía, de un problema de primeras materias: el carbón y el acero. Era esta la riqueza conjunta que, inscrita en unas cuencas geográficas artificialmente cortadas por fronteras históricas, compartían, de forma desigual pero complementaria, Francia y Alemania. El carbón y el acero, por aquel entonces, eran la clave del poder económico; y eso explica que los dos países no se sintieran seguros si no poseían en propiedad todos los recursos, es decir, todo el territorio. La rivalidad conducía a la guerra, capaz, tan sólo, de resolver el problema por un tiempo; el tiempo necesario para preparar la revancha.

La propuesta de poner el carbón y el acero bajo una alta autoridad europea, presentada por Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, fue bien acogida por la República Federal de Alemania, Italia y los tres países del Benelux, creado, en 1948, como convenio aduanero entre Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Inglaterra rechazó la invitación como ya lo había hecho cuando Monnet, quien no paraba de buscar pretextos económicos para obtener resultados políticos, había sugerido, informalmente, un acuerdo de intercambio de carbón inglés por carne francesa, quizás porque Gran Bretaña era plenamente consciente de que incluso un mero acuerdo comercial, pero patente ante el mundo, podía comprometer a la única gran potencia europea que, por aquel entonces, era capaz de asumir una responsabilidad política de gran alcance. De hecho, la propuesta Schuman era bien clara: “Mediante la puesta en común de producciones de base y la creación de una nueva alta autoridad, esta propuesta (...) establecerá las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para preservar la paz”.

El día 18 de abril de 1951, los seis países mencionados firmaron en París, con la solemnidad de rigor, el Tratado de Constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Ratificada por los Parlamentos respectivos, comienza a funcionar en julio de 1952, con sede en Luxemburgo, convirtiéndose en el primer paso hacia las Comunidades Europeas. No tuvo tanta suerte la propuesta de “crear, para la defensa común, un ejército europeo vinculado a las instituciones políticas

de una Europa unida”, que René Pleven, presidente del Consejo de Ministros de Francia, había presentado en el otoño de 1950. Si bien los mismos plenipotenciarios que, un año antes, habían rubricado el Tratado de la CECA, firmaron el Tratado sobre la Comunidad Europea de Defensa (CED), también en París, el 27 de mayo de 1952, en presencia de los representantes de los Estados Unidos y de Inglaterra, la Asamblea Nacional de Francia, precisamente el país de donde había emanado la propuesta, rechazó la ratificación, en agosto de 1954.

En cambio, sí prosperó el intento de poner la energía atómica bajo control europeo, y el 25 de marzo de 1957 se firma, junto al Tratado del Mercado Común, el tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), con sede, también, en Bruselas. De esta manera, quedaron establecidos los tres pilares básicos de la construcción europea: CECA, CEE y CEEA. Por convenio de aquel mismo 25 de marzo, y con el fin de evitar la multiplicidad de misiones análogas, se unifican la Asamblea o Parlamento, el Tribunal de Justicia y el Comité Económico y Social. Años más tarde, y en virtud del Tratado del 8 de abril de 1965, conocido como tratado de fusión, quedan también unificados el Consejo y la Comisión de las tres Comunidades. En virtud de la decisión del Consejo del 20 de septiembre de 1976—una vez incorporadas Inglaterra, Irlanda y Dinamarca—, por la que se establecía la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, se alcanzó un hito—superado, diez años después, por el Acta Única, a la que enseguida me referiré— que puede servirnos de punto de mira de la tarea, nada fácil, llevada a cabo a lo largo de los primeros veinte años transcurridos desde que, a poco de acabar la Segunda Guerra Mundial, se diera comienzo a las tentativas de unir los países de Europa.

Un rápido repaso a estos veinte años con la simplificación a que la brevedad nos obliga, pone de manifiesto dos cosas, en mi opinión importantes: la primera, que los padres del Mercado Común, pongamos por caso Robert Schuman y Konrad Adenauer, aparte del ya citado Jean Monnet, no abrigaban intenciones económicas sino políticas, aun cuando eran plenamente conscientes de que tan sólo a partir de hechos económicos podrían alcanzarse resultados políticos. Jean Monnet, por ejemplo, al vender la idea de la Comunidad del Carbón y del

Acero decía: “la propuesta francesa es, en su inspiración, esencialmente política. Tiene, incluso, un aspecto que podríamos denominar moral”. Y el eco de estas palabras se hizo sentir al otro lado de la frontera, cuando, al defender el Tratado frente al Bundestag, Adenauer, el 13 de junio de 1950 afirmaba: “Quiero declarar expresamente que este proyecto reviste, en primer lugar, una importancia política y no económica”.

La segunda cosa que nítidamente se hace notar a lo largo de estos primeros veinte años de gestación de la Unión Europea es que la idea que los protagonistas tenían sobre lo que había de ser la Unión no era, en absoluto, coincidente y, además las convicciones respectivas no fueron siempre firmes; en ocasiones, resultaron terriblemente tambaleantes. Resulta paradigmático en este sentido el caso de Adenauer y su relación con Charles De Gaulle, gran amigo suyo desde la primera vez que se encontraron en 1958, y consignatario del Tratado germano-francés de enero de 1963. El Canciller Konrad Adenauer, aquel gran patriota, hombre de profunda fe cristiana y ferviente europeísta que pensaba que había que construir Europa desde la primacía de la espiritualidad sobre el materialismo, era un decidido partidario de los Estados Unidos de Europa. François Seydoux, que en su condición de Director de Asuntos Europeos del Quai D'Orsay, le debía de conocer bien, dice que para Adenauer, vinculado a la Europa imaginada por Jean Monnet y Robert Schuman, la integración era casi un dogma. A pesar de ello, desde el verano de 1960, Adenauer se pasa a la banda del General De Gaulle que, como es bien sabido, defendió siempre una Europa confederal de Estados soberanos; junto al general, recorre el canciller un camino sin salida que, de hecho, le aboca a la dimisión, porque los otros cuatro –para los que la noción de una Europa supranacional, con renuncia total o parcial de la soberanía de los Estados, estaba, con razón o sin ella, firmemente arraigada– se opusieron a unas propuestas que, entre otras cosas, excluían la presencia de Inglaterra.

## 2. El Acta Única de 1986

El segundo hito destacado en el camino hacia la Unión Europea es, como dije, el Acta Única Europea, formalizada, tras la incorporación de España y Portugal, los días 17 y 18 de febrero de 1986, año en el que por primera vez, ante el edificio Berlaymont,

sede de la Comunidad en Bruselas, fue izada, a los sonos del himno europeo, la bandera azul con 12 estrellas de oro, adoptada en 1955 como emblema de Europa. El Acta Única fue firmada por los representantes designados por los Jefes de Estado de los doce países miembros, con objeto –dice el preámbulo– de “continuar la obra comenzada y transformar el conjunto de las relaciones entre sus Estados en una Unión Europea, de conformidad con la Declaración solemne de Stuttgart, del 19 de junio de 1983”. El segundo párrafo del Preámbulo declara que la Unión que se quiere construir se ha de basar, por una parte, en las Comunidades ya existentes, y de la otra, en la cooperación europea de los Estados firmantes en materia de política exterior, que es lo que en el texto del Acta se denomina “cooperación política europea”. El Acta Única de 1986 modificó, en lo que era menester, los tres tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y dejó configurado el Consejo Europeo de Jefes de Estado o de Gobierno, quienes, asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores respectivos y por un miembro de la Comisión, generalmente el Presidente, han de reunirse al menos dos veces al año, teniendo en cuenta que la Presidencia del Consejo es asumida, en forma rotativa, por los Estados miembros, por períodos semestrales, tomando posesión el 1 de enero y el 1 de julio de cada año.

Pero el aspecto más significativo, a mi entender, del Acta Única de 1986, y, en todo caso, exponente de la voluntad de avanzar hacia las metas evitando los estancamientos, fue la modificación del Artículo 149 del Tratado de Roma sobre la CEE, en el sentido de facilitar, con las debidas cautelas, la adopción de acuerdos por mayoría cualificada. De conformidad con esta modificación, a partir de entonces, una gran parte de las decisiones que afectan a la creación del Mercado Único Europeo –que el Acta Única establecía para el 31 de diciembre de 1992–, se toman sin necesidad de que se alcance la unanimidad. El instrumento normativo para el logro, en 1993, de este Mercado Único fue el Libro Blanco titulado “La consecución del mercado interior”, presentado por la Comisión y aprobado por el Consejo Europeo de Milán en junio de 1985.

Los principios inspiradores de las Comunidades Europeas, al menos teóricamente hablando, son de raíz liberal. El Tratado de Roma, en efecto, contemplaba ya las “cuatro libertades” reiteradas y más claramente definidas en el Acta Única Europea

de 1967, que agregó al Tratado de la CEE un artículo en el que se lee: “El mercado interior implicará un área sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”. Quedaba, pues, claro que el futuro habría de asentarse sobre el libre mercado. Las dos reglas que, emanando de las cuatro libertades citadas, han de operar en el mercado único son la “libertad de establecimiento”, que destierra la discrecionalidad administrativa en cuanto al otorgamiento del permiso de acceso a las profesiones; y la “libertad de competencia”, que asimismo elimina la discriminación por parte de los gobiernos, entre las personas –físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras– ya establecidas.

Sin embargo, la realidad no siempre ha estado de acuerdo con esta declaración de principios. Es cierto que en lo que se refiere a la libre circulación de personas, ya en 1985, Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y Holanda adoptan el llamado, por el lugar de su firma, Acuerdo de Schengen (Luxemburgo), sobre la eliminación de controles fronterizos; acuerdo al que se han ido adhiriendo los otros países. Pero en lo tocante a las restantes libertades, el peso centralizador de Bruselas se hace sentir demasiado y, aunque, se proclama el principio de subsidiariedad de la Unión, la interpretación de este principio, en cuanto a lo que corresponde hacer a la institución central en vez de dejarlo a la actuación de los Estados Miembros, en la mayoría de las ocasiones es discutible desde una óptica liberal.

### 3. La Unión Económica y Monetaria

Como se desprende de todo lo dicho hasta aquí, está claro que el objetivo final perseguido por la Comisión Europea no se limitaba al simple logro del mercado único, sino que se orientaba hacia la unidad política, para lo cual resultaba imprescindible transformar el Mercado Común en una unidad monetaria.

Ya en 1978, ante las graves dificultades de funcionamiento que afectaban al sistema monetario internacional y al objeto de establecer una zona de estabilidad monetaria europea frente a las oscilaciones del dólar en los mercados internacionales de divisas, el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de diciembre de dicho año, siendo Presidente de la Comisión Roy Jenkins, decidió la creación del sistema monetario europeo (SME) basado en una uni-

dad de nueva creación que se llamó ecu (european currency unit). El ecu, que empezó a utilizarse el 13 de marzo de 1979 –por cierto, tres días antes de la muerte de Jean Monnet– era una moneda de cuenta ficticia formada por una cesta de las monedas de los nueve países (diez después de la inclusión de Grecia) que entonces formaban la Comunidad Económica Europea (CEE), habida cuenta del poder económico de cada una de ellas. De forma que en 1988, incorporada Grecia al SME, la ponderación iba desde el 34,6% para el marco alemán, hasta el 1,1% para la libra irlandesa, pasando, por ejemplo, por el 11% para el florín holandés.

Determinado así el número de unidades de las distintas monedas nacionales y aplicando el tipo de cambio de cada una de ellas con los restantes, se obtiene la cotización del ecu en las distintas monedas.

A partir de estos cambios originales, los países integrados en el Sistema Monetario Europeo comenzaron a publicar, como resultado de las transacciones habidas en el mercado, los cambios centrales de sus monedas con el ecu, así como los cambios de cada moneda con las otras (pivotes bilaterales), con un margen de fluctuación, por arriba y por abajo, del 2,25%, salvo para la lira italiana que llegaba al 6%, con la obligación de intervenir cuando se rebasaban dichos márgenes. A tal fin, se estableció un dispositivo de ayuda mutua entre los Estados miembros, con un fondo común formado con el 20% de las reservas monetarias en oro y divisas de los Bancos Centrales de los miembros del SME.

La realidad es que a lo largo del período en que el SME basado en el ecu estuvo en vigor, aunque la mutua colaboración en los mercados de divisas ayudó a la estabilidad de los tipos, la suerte de cada moneda dependió esencialmente de las condiciones económicas y de las políticas fiscales y monetarias aplicadas por sus respectivos países. Para tener una idea de lo que estoy queriendo decir, basta ver que en marcos alemanes por ecu, la paridad central el día 13 de marzo de 1979 era 2,51, pasó a 2,06 el 21.9.89 y a 1,98 el 16.3.98; lo que equivale a una revalorización del marco del 27 por ciento en 19 años o del 1,27 por ciento anual en la media de los 19 años. En cambio, en liras italianas, el cambio del ecu pasó de 1.148 el 13.3.79 a 1.958,1 el 16.3.98; lo que significa una desvalorización de la lira del 41 por ciento en los 19 años, con una media anual del 1,84 por ciento en el período.

#### 4. El Tratado de Maastricht

Volviendo al hilo del discurso, en orden a seguir los pasos encaminados al establecimiento de la unidad monetaria, es preciso recordar que en 1989, el Comité encabezado por Jacques Delors, que presidía la Comisión Europea desde 1985, presentó un informe sobre la Unión Económica y Monetaria (UEM) que fue asumido por el Consejo Europeo reunido en junio de 1989 en Madrid. En julio de 1990, bajo la presidencia de Italia, en aplicación de lo establecido en el informe Delors, entró en vigor la primera fase de la UEM, concediéndose un régimen excepcional a España, Portugal, Grecia e Irlanda, habida cuenta de su insuficiente progreso hacia la integración financiera.

Por otra parte, el 20 de diciembre de 1991, los Jefes de Estado de los doce países de la Comunidad Europea aprobaron el Tratado de la Unión Europea que fue suscrito por sus plenipotenciarios, el 7 de febrero de 1992, en la localidad holandesa de Maastricht.

El Tratado de Maastricht decía pretender: primero, la promoción del progreso técnico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, y el fortalecimiento de una unión económica y monetaria que implicaría, en su momento, una moneda única; segundo, la afirmación de su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común; y, finalmente, la reforma de la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión.

Al servicio de dichos objetivos, el Tratado de la Unión, en sus diecinueve artículos, distribuidos en Siete Títulos, modificaba el Tratado de la Comunidad Económica Europea, en adelante la Comunidad Europea, el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; introducía disposiciones relativas a la política externa y de seguridad común; adoptaba disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de interior; determinaba que cualquier Es-

tado europeo podrá solicitar el ingreso como miembro de la Unión Europea, dando lugar a un acuerdo sobre las condiciones de admisión; y, por último, establecía que el Tratado entraría en vigor el 1 de enero de 1993, siempre que se hubieran depositado todos los instrumentos de ratificación, adoptados de conformidad con las normas constitucionales de cada Estado miembro, o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpliera dicha formalidad.

A lo largo de 1992 y 1993, los Estados miembros que entonces formaban la Unión fueron ratificando, uno tras otro, el nuevo Tratado, incluida Dinamarca que, en un segundo referéndum celebrado en mayo de 1993, rectificó el "no a Maastricht" de junio de 1992. De esta forma, el Consejo Europeo del 29 de octubre de 1993, celebrado en Bruselas, pudo formular una Declaración saludando la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y confirmando que la segunda fase de la UEM empezaría el 1 de enero de 1994.

Dentro de las modificaciones aportadas por el Tratado de la Unión Europea a los Tratados constitutivos de las Comunidades, tienen especial relevancia, las que se refieren específicamente a la unión económica y monetaria. A este respecto, el Tratado —con el Protocolo de especificación anexo al mismo— establecía lo que se vino en llamar criterios de convergencia para el acceso de los países miembros a la Unión Económica y Monetaria. El criterio de inflación exigía que el país solicitante debía tener una inflación que no excediera en más de 1,5 puntos la media de la inflación de los tres países más estables. El criterio de déficit público demandaba que éste no excediera del 3 por ciento del PIB. El criterio de endeudamiento suponía que la deuda total de las administraciones públicas no rebasara el 60 por ciento del PIB. El criterio de tipos de interés, que era en cierto modo un criterio adicional derivado del criterio de inflación, exigía que los tipos de interés a largo no excedieran en más de 2 puntos la media de los vigentes en los países con inflación más baja. Finalmente, el criterio de tipo de cambio —todavía no existía la moneda única— exigía que el país, como mínimo durante dos años, sin que se hubiera producido devaluación frente a la moneda de ningún otro Estado miembro, hubiera mantenido su tipo de cambio dentro de la banda estrecha de oscilación.

En aquel momento, con referencia a la aconsejable política a aplicar en España, defendí que, aunque la UEM no lograra ponerse en pie, los criterios de convergencia establecidos por el Tratado de Maastricht definían las características de una sana economía, apta para el crecimiento y el bienestar a largo plazo. Por lo tanto, con Maastricht o sin Maastricht, era bueno aplicarlas. Sigo pensando lo mismo; pero además, tanto para España como para cualquier otro país de la Unión, la exigencia, desde el exterior, del logro de estas condiciones era una excelente ayuda para que los Gobiernos nacionales pudieran implantar, sin rechazo social, las duras medidas que eran necesarias. Así sucedió, con evidente éxito, en nuestro país.

## 5. El euro, moneda única de la UEM

Tal como estaba previsto, el 1 de enero de 1994 empezó la segunda etapa de la UEM y se creó el Instituto Monetario Europeo (IME). Un año después, el 1 de enero de 1995, como ya dije al empezar, Austria, Finlandia y Suecia se incorporan a la Unión Europea, completando el actual número de quince Estados miembros. El 15 de diciembre del mismo año, el Consejo Europeo de Madrid, confirmó que el 1 de enero de 1999 sería la fecha en la que todos aquellos países que entraran en la UEM pasarían a la moneda única, que, con el mismo contenido que el ecu, adoptaría el nombre de euro.

Los días 16 y 17 de junio de 1997, el Consejo Europeo, reunido en Amsterdam, logró el consenso sobre un proyecto de tratado para modificar el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, al tiempo que aprobaba diferentes propuestas para facilitar el paso a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. Este tratado, conocido como el Tratado de Amsterdam, fue firmado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea el 2 de octubre de 1997 y, tras el depósito de los instrumentos de ratificación por parte de los quince Estados, a lo largo de 1998 y de los primeros meses de 1999, el 1 de mayo de 1999 entró en vigor.

Por otra parte, el 3 de mayo de 1998 un Consejo extraordinario decidió que once miembros de la Unión que deseaban integrarse en la Unión Económica y Monetaria, reunían las condiciones necesarias para adoptar el euro como moneda única, a partir del 1 de enero de 1999. Los Gobiernos de dichos Estados, el 26 de mayo 1998, nombraron de

común acuerdo al Presidente, el Vicepresidente y los demás miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (BCE), creado el 1 de junio en sustitución del Instituto Monetario Europeo que en dicha fecha dejó, prácticamente, de existir, aunque su desaparición legal no tuvo lugar hasta finales de 1998. El día 31 de diciembre de 1998, el Consejo, bajo la presidencia de Austria, adoptó los tipos de conversión fijos e irrevocables entre el euro y las monedas nacionales de los once Estados miembros que habían de integrar la UEM. El tipo de conversión del euro fue, a título de ejemplo y en números redondeados, igual a 1,96 marcos alemanes, 2,20 florines holandeses, 6,56 francos franceses, 40,33 francos belgas y luxemburgueses, 166,39 pesetas y 1.936 liras italianas.

Con estos tipos fijos e irrevocables, el día 1 de enero de 1999 nació la Unión Económica y Monetaria (UEM), integrada por Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Portugal, que adoptaron el euro como moneda oficial, quedando fuera de la UEM el Reino Unido, Suecia, Dinamarca por propia voluntad y, además, Grecia, aunque esta última, alcanzadas las condiciones de convergencia, el 2 de enero de 2001 se convirtió en el miembro número doce de la zona euro.

Después de su creación, el euro inició su cotización con todas las monedas no integradas en la UEM, entre ellas, y la más importante, el dólar de Estados Unidos. La cotización de lanzamiento, el 1.1.1999 fue de 1,1667 dólares por euro. El 4 de enero, la cotización ascendió de 1,1837 dólares, pero, a partir de esa fecha la cotización del euro descendió de manera continua, aunque con oscilaciones, hasta alcanzar el mínimo histórico de 0,8255 dólares al cierre del 25 de octubre de 2000, fecha a partir de la cual emprendió la revalorización, para situarse en su máximo histórico, hasta la semana pasada, de 1,1886 al cierre del 29 de mayo de 2003. Después ha vuelto a bajar, para cerrar a 1,1250 el pasado viernes día 1 de agosto.

Son muchas y diversas las causas que podrían explicar esta evolución del euro a lo largo de los cuatro años y medio desde su creación, entre los cuales no es la menor la política monetaria llevada a cabo tanto por la Reserva Federal de EE.UU. (FED) como por el BCE. Evidentemente, un euro fuerte favorece las importaciones de fuera del área y un euro débil

favorece las exportaciones al exterior de la UEM. Sin embargo, como sea que el 85% de las exportaciones de los países de la zona del euro van destinadas a países de la misma zona, no parece que deba propiciarse la devaluación del euro, forzando la reducción de los tipos de interés que fija el BCE.

Siguiendo el relato histórico, los días 7 y 9 de diciembre de 2000 se celebró en Niza (Francia) un Consejo Europeo que, entre otras cosas, elaboró el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, que modificó los Tratados Constitutivos de la Unión Europea, sobre todo en lo que se refiere al reparto de poder, en vistas a la ampliación de la UE. Aunque el 7 de junio del mismo año, en el referéndum celebrado en Irlanda, el electorado votó en contra del Tratado de Niza, el Consejo Europeo celebrado en Gotemburgo, Suecia, los días 15 y 16 siguientes, dejó claro que la decisión de pasar a la ampliación de la Unión era irrevocable, aunque quedaba por definir el ritmo de incorporación de los candidatos.

Después de la creación del euro, a lo largo de 1999, 2000 y 2001, éste fue una moneda de cuenta y de referencia en los doce países integrados en la UEM, dentro de los cuales continuaron circulando las respectivas monedas, aunque ligadas al euro por los cambios fijos e irrevocables establecidos el 31.12.1998. Pero el 14 de diciembre de 2001, los países de la zona distribuyeron surtidos de billetes y monedas en euros, para que los ciudadanos pudieran familiarizarse con ellos antes de la definitiva transición a la nueva divisa, que entró oficialmente en circulación, en billetes y monedas, el 1 de enero de 2002. El 28 de febrero, terminado el periodo de doble circulación, el euro se convirtió en la única moneda oficial de los doce Estados miembros de la UEM.

Todas las opiniones coinciden en afirmar que, gracias a la actuación de los Bancos centrales de los países miembros, la operación de tránsito al euro fue un éxito rotundo. Hoy, en España, aunque el recurso al cálculo mental, para tener una idea del valor en antiguas pesetas, no puede evitarse, las transacciones cotidianas en euros se realizan con toda normalidad.

## 6. La actual situación de la Unión Europea

Antes de entrar en las perspectivas de futuro, tal vez convenga dejar sentada, como resumen de lo

dicho hasta aquí, la situación en que al día de hoy se halla la Unión Europea (UE) de quince miembros. Por un lado, el funcionamiento de la UE se basa en el principio del Estado de Derecho y cuenta con cinco instituciones, que desempeñan cada una de ellas un papel específico: Parlamento Europeo (elegido por los ciudadanos de los Estados miembros); Consejo de la Unión (integrado por los Gobiernos de los Estados miembros); Comisión Europea; Tribunal de Justicia y Tribunal de Cuentas. También forman parte de la Unión Europea otros cinco organismos: Comité Económico y Social Europeo; Comité de las Regiones; Defensor del Pueblo Europeo; Banco Europeo de Inversiones y Banco Central Europeo.

De todas estas instituciones, me referiré sólo al Banco Central Europeo (BCE) para decir dos palabras en relación con el contenido que el Tratado de la Unión le atribuye y que no podía ser otro que velar por la estabilidad de precios. Pero este objetivo, a mi juicio, queda mixtificado en la medida que también se le encarga de apoyar las políticas generales con el fin de contribuir a la realización de los objetivos comunitarios. Este segundo cometido es altamente preocupante porque, habida cuenta de la manera como se procede al nombramiento de los órganos de gobierno del BCE, comporta el grave riesgo, al parecer materializado en más de una ocasión, de que las presiones políticas sobre la subida o bajada de los tipos de interés, socaven la necesaria independencia del BCE en orden al logro del objetivo, que a mi entender debería ser único, de mantener la estabilidad de precios, luchando, si es el caso, contra la excesiva liquidez, causa final del aumento de la inflación.

Por otro lado, los quince miembros de la Unión Europea se hallan repartidos en dos bloques de características distintas: la UEM o zona euro, integrada por doce países con moneda única y política monetaria común, articulada por el BCE, y el grupo formado por los tres países restantes (Reino Unido, Suecia y Dinamarca), con sus respectivas monedas y sus propias políticas monetarias.

Las ventajas e inconvenientes de estar en uno u otro de los dos bloques son claras. Estar dentro de la zona euro supone cierta ventaja para capear mejor los choques externos, pero, en cambio, la pérdida de soberanía monetaria, que la entrada en la UEM

lleva consigo, es un inconveniente no pequeño para la lucha por la estabilidad de precios que, sin duda, es un determinante del equilibrado crecimiento económico. En efecto; aun aceptando, en el mejor de los supuestos, la independencia del Banco Central Europeo, es lógico que su política monetaria venga determinada por la situación del conjunto de la UEM, pero muy bien puede suceder, y de hecho está sucediendo, que lo que convenga a los grandes países, que por su peso determinan la media de la UEM, no convenga a algunos de los países pequeños, cuya necesidad se ve así desatendida. Este es el caso, aunque no único, de España, para quien el tipo de interés del 2% actualmente fijado por el BCE, no es el que necesitaría un país cuyo crecimiento del índice de precio de consumo, situado en junio 2003 en el 2,8%, en términos armonizados, es 1 punto porcentual superior a la media de la Unión. El hecho de pertenecer a la zona euro entraña la imposibilidad, por parte del Banco de España, de establecer el tipo de interés que el país necesitaría para doblegar la inflación. Esto no obsta para decir que, con independencia de las ventajas e inconvenientes de estar dentro o fuera de la UEM, es evidente que las características propias de los respectivos países conducen a aceptar o descartar cada una de las dos alternativas. Quiero decir que si bien el Reino Unido puede permitirse el lujo de no pertenecer a la UEM, España, por ejemplo, no podría permitírselo.

## 7. La ampliación de la Unión Europea

En cualquier caso, ésta es la UE de los Quince que se prepara a su ampliación. Los países actualmente candidatos a la entrada en la Unión Europea son trece. Siete países del Centro y Este de Europa: Bulgaria, República Checa, Hungría, Polonia, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia; tres países bálticos: Letonia, Lituania y Estonia; dos países mediterráneos: Chipre y Malta; y un país en los confines de Asia: Turquía. Se trata, pues, de una expansión sin precedentes por el número de candidatos; por el área geográfica a añadir, que significaría una ampliación del 58% del territorio; y por el número de habitantes que supondría un aumento del 45% en población.

Las negociaciones con todos y cada uno de estos países se vienen desarrollando desde hace años. Ya en 1993, el Consejo Europeo de Copenhague estableció los criterios de adhesión que, en síntesis,

requieren que el país candidato garantice la existencia de un régimen democrático, el Estado de Derecho, los derechos humanos, el respeto a las minorías, una economía de mercado viable y la adhesión a los fines de la UEM. Las dificultades no han sido pequeñas, no sólo por los problemas a resolver en cada uno de los candidatos, sino por los obstáculos que determinados países de los Quince han levantado en algunos momentos. Pero lo cierto es que el 19 de marzo de 2003 el Parlamento Europeo aprobó por mayoría el informe que da luz verde a la adhesión de diez de los trece candidatos, es decir: Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia, países que con una extensión total de 736.759 km<sup>2</sup>. (22,75% de la UE-15), suman 74,9 millones de habitantes (19,84% de la UE-15).

Partiendo del informe del Parlamento, el pasado 16 de abril se firmó en Atenas el Tratado de Adhesión a la Unión Europea de los diez países dichos, para que, supuesto resuelto el obstáculo derivado de la oposición de Irlanda al Tratado de Niza, la incorporación sea efectiva en fecha que permita que estos diez países participen en las elecciones del 2004 al Parlamento Europeo. Quedan, pues, fuera de esta primera oleada Bulgaria y Rumania, que suman 349.000 km<sup>2</sup>., con 30 millones de habitantes, cuya adhesión podría tener lugar en el año 2007; y Turquía, con una extensión de 780.000 km<sup>2</sup>. y 65 millones de habitantes, país con dificultades específicas evidentes que, en caso de que se resuelvan, podría incorporarse pasado el 2013.

## 8. La PAC y los Fondos Estructurales

No puedo entretenerme demasiado en los problemas que la adhesión de los nuevos países provoca en todo lo que se refiere a la reforma de la política agraria común (PAC) y a la reducción de las ayudas en fondos estructurales y de cohesión que algunos de los países de la actual UE venían recibiendo, de acuerdo con su nivel de desarrollo. En cuanto a lo primero, diré simplemente que, en mi opinión, la PAC, que absorbe el 45% del gasto del Presupuesto de la Unión, tanto por su finalidad, como por los medios que utiliza, constituye una de las mayores aberraciones económicas de la Unión Europea. Por un lado, las subvenciones, en contra de lo que se pretende, no protegen al sector agrícola sino que lo anquilosan en su falta de

productividad y convierten a los agricultores en cazadores de subvenciones. Por otro lado, la PAC perjudica a los países pobres que precisamente en el sector agrícola podrían competir con Europa, si no fuera porque las subvenciones y los cupos de importación les cierran las puertas de los países de la Unión.

Por todo ello, es lógico que el pasado 27 de junio, tras largos debates, los quince Ministros de Agricultura de la UE aprobaran el proyecto de reforma que, hace más de un año, presentó el Comisario de Agricultura, Franz Fischler. Es más, pienso que es digno de ser tenido en cuenta el informe de un grupo de asesores que propone eliminar la PAC, cosa que Romano Prodi, Presidente de la Comisión, parece apoyar, aunque es de esperar que los países de la Unión actuales beneficiarios del modelo, harán todo lo posible para oponerse a la supresión, a fin de, según su visión, no verse perjudicados. Más discutible son las sugerencias en curso para emplear los fondos que la supresión de la PAC dejaría libres; pero no puedo detenerme en ello porque desearía decir algo sobre los fondos estructurales y los fondos de cohesión.

Estos fondos fueron creados, en su día, para ayudar a los países para que pudieran entrar en la UEM. Luego, parece que los que ya están en ella no los necesitan; es mejor que los fondos programados para el próximo período se destinen a los países que van a entrar en la UE y que están muy lejos de reunir las condiciones para formar parte del área del euro; de esta forma se evitaría tener que aumentar el presupuesto comunitario de gastos, cosa que, a mi entender, es buena para todos. Se dice que, a pesar de haber recibido las ayudas comunitarias, algunos países, y sobre todo regiones dentro de ellos, todavía no han alcanzado la convergencia total con los Quince. Lo cual es cierto, pero no justifica, desde mi punto de vista, que deban seguir recibiendo las ayudas. El problema, tal como lo presentan los países beneficiarios, es que, a consecuencia de la entrada de los candidatos, cuyo PIB per cápita medio, en unidades PPC, representa alrededor del 45% del PIB per cápita medio de los Quince, el PIB per cápita medio de los 25 países de la UE ampliada bajará de tal forma que los actuales países y sus regiones, por mero efecto estadístico o mecánico, mejorarán su posición respecto a la media, sin que su realidad económica haya realmente variado.

Mi opinión es que, sin convergencia estadística o con ella, sin negar el buen uso que pueda haberse hecho de las ayudas, no hay evidencia empírica que pruebe que existe relación directa entre el nivel de ayuda y la tasa de crecimiento de los ayudados. Baste ver el caso de Irlanda. En 1989, el PIB per cápita de Irlanda —recuerdo que hablamos siempre en unidades PPC— era el 69,7% de la media de la UEM, frente al 75% de España. En 1992, la posición relativa de Irlanda sobrepasó la de España, alcanzando el 78,7% cuando nosotros estábamos todavía en el 77,5%. A partir de entonces, el PIB per cápita de Irlanda se fue separando fuertemente del de España para, después de rebasar la media de la UEM en 1997, alcanzar en 2002 el 123,3% del PIB per cápita medio de la UEM, cuando España está todavía en el 85,2%. De esta forma Irlanda, en PIB per cápita, se ha convertido en el segundo país de los Quince, tan sólo después de Luxemburgo. Quiere esto decir que no son las ayudas, sino las políticas económicas aplicadas por cada país lo que explica su crecimiento. Es más, pienso que las ayudas son contraproducentes, en el sentido de que existe el riesgo de que la “protección” contra la competencia, proporcionada por los fondos comunitarios, redunde en el adormecimiento de la creatividad, que debe ser puesta a prueba en un marco de libre competencia con el exterior, único camino para que mejore la productividad y la competitividad. Por lo tanto, entiendo que los Quince, ante la necesidad de facilitar la entrada de los nuevos miembros, sin recargar el presupuesto comunitario, más que estar preocupados por la eventual pérdida de los fondos estructurales, deben preocuparse por la realización a fondo de las reformas estructurales que todos los Quince, más unos que otros, tienen pendientes de llevar a cabo.

Dicho esto sobre la PAC y los Fondos Estructurales o de Cohesión que, según algunos, constituyen los aspectos negativos de la ampliación de la UE, creo que vale la pena detenerse en la ampliación propiamente dicha para ver (Anexo número 5) como son los diez países que en la primavera del 2004 van a incorporarse a la UE.

## 9. Los datos de los diez nuevos miembros

En PIB per cápita, siempre en unidades PPC, la mayor convergencia con la UE de los Quince corresponde a Chipre con el 85% de la media, seguido

de Eslovenia con el 69% y la República Checa con el 59%. La menor convergencia la ostentan los bálticos: 37% Estonia, 33% Letonia y, a la cola de todos, Lituania con sólo el 29%. En crecimiento del PIB, aunque todos los candidatos presentan tasas superiores a la media actual de los Quince, la palma se la llevan precisamente los bálticos: 5,5% Letonia, 4,9% Estonia y 4,5% Lituania. Las menores tasas de crecimiento son para Polonia 2,5% y Chipre 2%. En lo que se refiere al déficit público, las cifras van desde el 6,3% para Chequia hasta el casi equilibrio, 0,5%, en Estonia. La tasa de paro, con cifras de dos dígitos en cinco de los diez candidatos, tiene su máximo en Polonia con el 20,6% y el mínimo en Chipre, cuya tasa del 4,3% es mucho mejor que la media de los Quince. La inflación, con cifras por lo general altas en comparación con los Quince, es muy baja en Lituania, 1,0% y en Polonia, 1,1%, siendo la más alta la de Eslovaquia que presenta un insostenible 8,8%.

Es lamentable que, según acabamos de ver, Polonia, el mayor país, con mucho, de los nuevos socios, ya que él solo representa más del 50% de la población a incorporar, el candidato predilecto, en su día, de Alemania, además del gran problema que supone su sobredimensionado sector agrícola, que necesita grandes reformas, presente los peores datos en desempleo, en déficit público y, en definitiva, en renta per cápita, cuya convergencia con los Quince es de las más bajas de los nuevos socios. Son sin duda los resultados de una política económica que, a pesar de la resistencia política que opuso a la antigua URSS, no ha sabido romper con los principios del modelo socialista que tuvo que soportar durante tantos años.

Pasando a las relaciones de la actual UE con los diez países próximos a la adhesión, no hay que olvidar que a consecuencia de los acuerdos europeos, en orden a facilitar el proceso de adhesión, estos países reordenaron sus mercados exteriores, antes orientados hacia la Unión Soviética, para encauzarlos hacia la Unión Europea. La consecuencia fue que la UE pronto se convirtió en el principal socio económico de los candidatos tanto en lo que se refiere al comercio como a la inversión. En cuanto al comercio, la UE acapara aproximadamente el 56% de las importaciones y el 60% de las exportaciones. Por otro lado, las inversiones extranjeras directas en los países candidatos indican que importantes porcentajes de la formación bruta de capital fijo de esos países, están siendo financiados por empresas extranjeras. Letonia y Estonia encabezan un ranking que claramente

significa que los inversores extranjeros están apostando, sobre todo, por los países candidatos a miembros de la UE que mejores perspectivas económicas ofrezcan.

La inversión directa en los que van a ser nuestros nuevos socios tiene sus propios atractivos. Es evidente que las empresas multinacionales, de cualquier continente, que se han instalado o se están instalando en estos países intentan aprovechar las ventajas de una mano de obra relativamente bien cualificada, a un precio reducido, así como el hecho de la proximidad geográfica con los países de la UE, lo que les ha de permitir utilizar a estos países como centros de producción y exportación. El salario medio de los candidatos, con datos del año 2000, equivale al 11,55% de la media de la UE, pero, en materia de mano de obra, lo importante no es tanto su coste como su calificación, es decir la calidad del capital humano de los países candidatos. Calidad que, a su vez, tiene mucho que ver con la intensidad y con la calidad del sistema educativo. A este respecto es bueno saber que los países próximos a la adhesión cuentan con niveles educativos que, en no pocos casos, son superiores a los de algunos de los Quince. Estonia, por ejemplo, con un 30% de su población con formación universitaria, ocupa un lugar por delante, por ejemplo, del Reino Unido, Alemania y Francia. Los restantes países, si bien no cuentan con elevados niveles de formación universitaria –lo que no es obstáculo para que se sitúen, en este concepto, por encima de Italia, Portugal y, sorprendentemente, Austria– disfrutan, en cambio, de un excelente porcentaje de la población con enseñanza secundaria superior o formación profesional.

Todo lo que acabo de decir no son más que algunas pinceladas para subrayar que la ampliación de la UE, debe ser vista por sus actuales miembros como una excelente oportunidad de negocio, aunque, desde luego, suponga un reto para que las empresas de los Quince logren alcanzar las capacidades necesarias para triunfar en el empeño.

## 10. La crisis de la UE en relación con el PEC

Pero si lo dicho en relación con las empresas es condición para que la ampliación sea un éxito, tanto para los antiguos como para los nuevos, no es menos necesario que las instituciones de la UE resuelvan la crisis planteada en relación con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC).

El PEC tiene su origen en el Consejo Europeo de Amsterdam cuando, en 1997, se analizaban las condiciones para entrar en la tercera fase de la UEM. El objetivo fundamental del Pacto es: a) asegurar de forma duradera que las políticas fiscales cumplirán las exigencias de la prudencia presupuestaria, y b) efectuar un seguimiento de las políticas fiscales que permita, en caso de desviaciones presupuestarias, formular, a tiempo, las oportunas advertencias. En este contexto, el Consejo Europeo subrayó la importancia de salvaguardar unas finanzas públicas saneadas como medio para reforzar las condiciones para la estabilidad de precios y para asegurar un crecimiento fuerte y sostenido que favorezca la creación de empleo.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que contiene disposiciones de carácter tanto preventivo como disuasorio, está compuesto por la Resolución del Consejo Europeo (Amsterdam, 17 de junio de 1997), en la que se especifican los compromisos de los Estados miembros, de la Comisión Europea y del propio Consejo Europeo, y por dos Reglamentos del Consejo ECOFIN de julio de 1997. El primero de ellos presenta y clarifica la aplicación del procedimiento de déficit excesivo. El segundo trata de reforzar la supervisión de las posiciones presupuestarias y la coordinación de las políticas económicas, al tiempo que define el contenido de los programas de estabilidad y de convergencia.

La fundamentación teórica del PEC es que si bien el crecimiento a largo plazo de la economía viene determinado por la formación de capital físico y humano, el cambio tecnológico, el empleo y el ahorro, el papel que la fiscalidad desempeña en relación con todos y cada uno de estos factores, lleva a considerar a la política fiscal como un elemento decisivo en orden al desarrollo. Este fundamento es el que en los años noventa, condujo al convencimiento de que la consecución y el mantenimiento del equilibrio macroeconómico, como prerequisite del progreso económico y social, había de ser el objetivo fundamental en la integración económica y monetaria europea. Al mismo tiempo, se consideró que unas finanzas públicas saneadas son condición necesaria para la estabilidad macroeconómica y que la estabilidad financiera debe basarse en políticas fiscales disciplinadas. Por consiguiente, el compromiso con unas finanzas públicas saneadas, tal como se establece en el Tratado de Amsterdam y se desarrolla en el

Pacto de Estabilidad y Crecimiento, constituye una garantía permanente de que se adoptarán las políticas fiscales adecuadas.

Estas son las razones que apoyan los objetivos previstos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que incorpora el compromiso de los Estados miembros de lograr a mediano plazo posiciones próximas al equilibrio o con superávit. Este objetivo ha de permitir a todos los Estados miembros hacer frente a las fluctuaciones cíclicas normales, sin que el déficit público sobrepase el valor de referencia del 3% del PIB. Déficit públicos por encima del 3% del PIB serán considerados excesivos, a menos que se espere que sean temporales y se hayan producido en circunstancias excepcionales. En cualquier caso, el déficit habrá de permanecer cerca del valor de referencia. Las normas adoptadas, en su día, por la Resolución del Consejo Europeo sobre el PEC, establecían que cuando de los datos presupuestarios remitidos por los Estados miembros a la Comisión Europea se deduzca que en uno de ellos el déficit es superior al 3% del PIB y/o la deuda rebase el 60% del PIB, la Comisión Europea debe preparar un informe. Si del mismo se deduce que existe un déficit excesivo, el Consejo Ecofin dirigirá una recomendación al Estado miembro. Si el Estado miembro no adopta medidas efectivas y el déficit persiste, el Consejo Ecofin le impondrá sanciones.

La situación al día de hoy es que tres grandes países de la UE, Alemania –que en su día fue la que más propició el establecimiento del PEC– Francia e Italia, así como un país pequeño, Portugal, desde finales de 2001 y principios de 2002, están incumpliendo el PEC y por lo tanto habría que aplicarles las normas adoptadas. Sin embargo, como la política es la política y, por lo general, tiene poco que ver con la economía, a lo largo de los últimos meses, el PEC viene siendo objeto de una polémica, animada sin duda por el interés de Alemania y Francia, con desprecio de los países más pequeños que están cumpliendo bien los compromisos adquiridos. Esta polémica ha resucitado las viejas ideas keynesianas sobre la bondad del déficit presupuestario para resolver los problemas de crecimiento, y la propia Comisión de la UE ha expresado sus dudas sobre la conveniencia de mantener los acuerdos del PEC en situación de estancamiento económico. Mi opinión es que no habría que sucumbir ante estas falsas teorías sino, por el contrario, empeñarse en mantener el PEC tal

como fue concebido. En el supuesto de que triunfaran las ideas que proponen flexibilizarlo, partiendo del convencimiento de que el equilibrio presupuestario es bueno, en sí mismo, tanto si el PEC lo dice como si no lo dice, lo deseable sería que los países de los Quince que están cumpliendo rigurosamente el PEC no se acogieran al ofrecimiento, si se produce, de volver al déficit, so pretexto de fomentar el crecimiento. Con esta actitud, aunque otros países no la siguieran, harían un bien a la Comunidad.

Como acertadamente ha dicho el profesor Francisco Cabrillo, catedrático de la Universidad Complutense, hay que ser conscientes de que si al surgir las primeras dificultades se vuelve a las viejas ideas keynesianas que, desde los primeros años noventa, parecían olvidadas para siempre, no estamos ante una simple estrategia coyuntural sino ante el abandono de los principios mismos de la política que se suponía iba a constituir una de las bases de la estabilidad económica de la Unión Europea. Esperemos que el sentido común se imponga, para el bien de Europa, y que el Pacto de Estabilidad siga vivo.

Europa que, a propósito del PEC, se debate entre su mantenimiento, modificación o abandono, no hace más que poner de manifiesto la dificultad en que se halla de abandonar los excesos del pensamiento socialdemócrata y adoptar, de una vez para siempre, el modelo liberal que le haría capaz de competir, tanto en las coyunturas expansivas como en las depresivas, con el, hoy por hoy, indiscutible líder económico y político mundial que es Estados Unidos. Es una manifestación más del fracaso de las decisiones tomadas en la Cumbre de Lisboa de marzo de 2000 para que, adoptadas una serie de necesarias reformas, la UE, en el año 2010, se convirtiera en la economía más competitiva del mundo, ya que, transcurridos tres años, las expectativas de que esta vez iba en serio se van esfumando.

## 11. El proyecto de Constitución Europea

Esta Europa ahora pretende dotarse de una Constitución que defina su identidad. Una

Convención, presidida por Valéry Giscard d'Estaing, ex Presidente de la República Francesa, ha presentado un proyecto que ha de ser analizado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea. Tanto la conveniencia de que Europa tenga una Constitución política, como el proyecto presentado por la Convención, han sido ampliamente debatidos. Por un lado se han levantado muchas voces para pedir que en el preámbulo de la Constitución, si es que hay que tenerla, entre los elementos definitorios de la identidad europea, se haga mención a las raíces cristianas de Europa, ya que, desde la memoria histórica, es imposible negar que las aportaciones del cristianismo, junto a otras religiones y otras culturas, han configurado el ser de Europa.

Por otro lado, los federalistas creen que no se ha ido lo bastante lejos en la centralización de la Unión y en el diseño de los Estados Unidos de Europa. Por contra, quienes desconfían del modelo centralizador, piensan que la Constitución debería ser un texto mucho más breve basado en la idea de una Unión Europea como Confederación de Estados, en la que el principio de subsidiariedad debería desempeñar un papel fundamental. Esta discrepancia entre federales y confederales, soterrada a lo largo de todo el proceso de formación de la Unión Europea, reproduce las diferencias que en esta materia estuvieron presentes, como dije al empezar, en los inicios del proyecto. De hecho, el Grupo Constitucional Europeo (GCE), formado por intelectuales y profesores de diversos países, ha enviado al Presidente de la Convención un proyecto de Carta Magna que constituye una alternativa liberal al proyecto intervencionista de Giscard.

Finalmente, no hay que olvidar que la ampliación actualmente en marcha y los proyectos de ampliaciones futuras –con el conflictivo caso de Turquía pendiente– obligan a que el texto de la Constitución no se redacte pensando sólo en la situación actual de la Unión, sino que tome en consideración también lo que vaya a suceder en el próximo futuro.

Historia



## La Constituyente del año 45, El Panorama General

La república fue siempre una respuesta a la monarquía; sobre todo, a las monarquías absolutistas. Toda república, aun aquellas de carácter aristocrático, a como las de la antigüedad, tenía un fondo igualitario y de ahí que se creyera erróneamente que tal forma de gobierno solucionaría los problemas de la desigualdad. Toda república ha comenzado siempre por una Constitución, esto es, por una fe de bautismo que señala los rumbos del recién nacido. La democracia fue siempre la madrina de las repúblicas modernas y de ahí que las Constituciones Republicanas fijaran normas democráticas, populares, representativas. Sin embargo, los problemas de la desigualdad subsisten; están siempre más hondos y se presentan más injustos. Dios ha creado la desigualdad entre los hombres: la desigualdad es una naturaleza humana que no la cambiaría ningún artificio humano: ni la instrucción ni la riqueza, ni la salud ni ninguna de las formas de la cultura y la civilización. Los hombres son, sustancialmente desiguales porque Dios así lo ha querido...

Pero, todos los pueblos han luchado siempre contra Dios; esto es, contra la realidad de la natural desigualdad de los hombres. Y por buscar tal victoria imposible se han ensayado todos los sistemas, todos los métodos, todas las teorías. Mas, la realidad es siempre la misma: la existencia de los opresores y la de los oprimidos. Las constituciones de todos los pueblos son gritos de esa angustia eterna; pero tales gritos jamás llegan a plasmar en nada definitivo ni real, porque Dios no modifica su obra, haciendo iguales a todos los hombres. Siempre habrá "tarugos" y "listos"; honestos y cínicos; ambiciosos y conformistas a lo Job... Esa es la realidad que ninguno de los dioses ha podido modificar, por más plegarias, por más desesperaciones, por más sacudidas humanas que registre la historia del mundo...

Nuestra América surgió del viejo mundo. Las razas autóctonas eran de tipo monárquico; esclavizados los pueblos por las minorías que gobernaban y por las castas sacerdotales, rígidas e intransigentes, como toda casta levítica. En esa masa monárquica y esclava, se injertó la esclavitud española y la tendencia monárquica también. Las castas sacerdotales que vinieron sólo diferenciarían en los objetos de la veneración, lo demás era igual. Para los aztecas, por ejemplo, lo mismo era Huitzilopostli que Jesucristo: el sacerdote oficiaba en la misma forma y predicaba siempre la humildad que es humillación, esclavitud, obediencia ciega. Y sobre tales estratos vivimos trescientos años los mestizos y aún los blancos criollos y, desde luego, los indios cristianizados por fuera a fuerza de amenazas y torturas.

Cuando los Vientos de Fronda sacudieron este medio social, el grito fue de libertad. Los espíritus clamaron por la libertad que predicaban los ilusos de siempre más que por la independencia; la libertad personal era lo que se quería, a lo que se aspiraba. La independencia política era algo desconocido; algo contrario a lo que el pueblo tenía inculcado muy hondo: el respeto al monarca de origen divino. Arrancar a un monarca era tanto como renunciar a Dios, el que ungía por medio de Roma, a los emperadores. Pero Dios era el creador de la desigualdad natural y en esto no reparaban los espíritus libres. Por eso cuando en todos nuestros pueblos se proclamó la independencia, ésta era una rebelión contra lo divino, contra lo tradicional, contra lo eterno. Porque ya Napoleón había demostrado que él, un simple ganador de batallas, podía hacer reyes y emperadores con la misma facilidad que el Papa...

<sup>1</sup> Abogado, periodista, Ministro de Estado, Vice-presidente de la República de Guatemala y fundador del Diario La Hora.

Y vinieron las “Constituciones Republicanas”. En ellas se fueron plasmando principios abstractos como la libertad que es la Diosa de la anarquía; como el orden, que es el Dios de la dictadura; como la obediencia ciega a la ley y al jefe militar, que es la Diosa de la esclavitud. Y de todos esos principios contradictorios e irrealizables, surgían los libros que contenían breviaros de ilusión impracticables, sujetos siempre a ser destruidos por un espadazo militar, o por una maniobra leguleyesca; por el mandoble de un hombre de capa y espada o por la intriga feliz de un hombre de garnacha, como califica Madariaga estos actos. Las Constituciones, pues, fueron un señuelo; si mucho una aspiración justa y humana; para nuestros hombres del 79 la ley fundamental era la famosa “Jaula de hilos de seda”, con una puerta anchota, por donde el león que era el dictador Barrios, podía entrar y salir sin romper ni lastimar tales hilos...

Los conservadores, es decir, los hombres que venían de las profundidades de los despotismos monárquicos, estatuían en las Constituciones aquello que es compatible con la realidad. Los liberales, es decir, los hombres que pensaban que los males del mundo proceden de las minorías dirigentes, ungidas por algún título de nobleza o de la iglesia, comenzaron a formar Constituciones libérrimas, las cuales, por su propia naturaleza anárquica, no iban a ser respetadas por los hombres de mando. Una Constitución, para que perdure, debe ser breve, ambigua; que diga que sí, pero que no diga ni cómo ni cuándo. Tal ocurre con las Constituciones de los pueblos anglosajones y en general nórdicos. Pero las Constituciones detallistas, terminantes, inflexibles, tienen que ser destruidas por la espada del militar o el código del jurista. En los pueblos americanos de origen hispano la cosa se presenta mucho más rígida. Nuestros países han hecho más Constituciones que edificios, que caminos, que obras materiales. Hemos sido unos grandes fabricantes de Constituciones, así como hemos sido unos grandes destructores de ellas...

El doctor Julio Bianchi, un gran espíritu desencantado las llama simplemente “programas de gobierno” y ni aún como programas tienen realización alguna. Al salir de la colonia la vieja Capitanía General de Guatemala, llamada generalmente Reino de Guatemala, se lanzó a formar su Constitución. El primer pleito consistió en la forma que se daría a la nueva nación. Los hombres de la época estaban enamorados de la Unión

Americana y todos soñaban con hacer de nuestras aldeas, naciones vigorosas a lo sajón, olvidándose que eran unos pueblos tristes, de indios aletargados y de minorías de criollos y españoles europeos sin voluntad, sin ambición de grandeza, abúlicos y rumbosos, con pretensiones de rango y alcurnia. Los conservadores aspiraban a una república moderada; a una especie de monarquía constitucional sin monarca de origen divino; pero los liberales, especialmente aquellos dos locos que fueron Molina y Barrundia, ganaron la batalla y nos dieron una república federal, esto es, engendraron el alma de Guatemala, el espíritu de la anarquía que rompió los lazos de unidad que se tendieron tan débiles...

Las provincias intentaron la tontería federal y se dieron Constituciones parecidas. Con esa legislación era imposible mantener unidos a pueblos desiguales y de tan honda diversidad racial. Llegó el desastre con la anarquía de los años de Gálvez en el Estado de Guatemala: surgió Morazán, el aniquilador de la nacionalidad; el hombre que no supo ser tirano, ni dictador, ni ser estadista. Morazán fue el espíritu de la discordia; el motor de la anarquía; el engendrador de las venganzas familiares y ciudadanas. Gálvez, el afamado jefe de Estado, no fue sino otro gran demagogo; otro gran loco, que nunca pudo comprender la clase de país que tenía a su mando. Comenzó a innovar a ciegas, como el arquitecto que comienza a levantar los muros sobre suelos de arena por haber olvidado la cimentación profunda...

Sin embargo, la ley de garantías del año 35 fue una esperanza; y lo fue, porque era breve, porque era concreta, porque llegaba a lo realizable y porque emitía en los pródomos de la anarquía desoladora. Producto de aquella anarquía fue Carrera; sin las tonterías de Gálvez, sin los abusos de Morazán, el “Caudillo adorado de los pueblos” no hubiese aparecido en las serranías de Mataquesuintla. Fue una necesidad de orden, de tranquilidad, de paz y, sobre todo, de mitigar la angustia, lo que empujó al hombre que dirigió los destinos de Guatemala por más de veinte años; fue él el fundador de la república y el organizador de lo que en la actualidad es nuestra patria. Sin Rafael Carrera Guatemala sería la más pequeña de las nacionalidades centroamericanas o el más atrasado Estado de México. Carrera fue una necesidad en aquellos momentos y supo servir al destino que lo había colocado en la arena de nuestra política.

El año cincuenta y uno se dictó otra Constitución. Unitaria, propia para el país a que se había reducido el Reino de Guatemala. Según el escritor famoso, don Manuel Diéguez, en conferencias dictadas a los estudiantes de derecho a principios de siglo; aquella ley garantizaba mejor al hombre, al ciudadano; sus garantías y los derechos estaban al alcance de la realidad y por eso perduró hasta el 71, cuando la Revolución liberal venía a desquiciar un estado de cosas que había cometido el error de estacionarse. La reelección de Cerna fue la madre de la revolución del 71. Sin ese acto impolítico del Mariscal de Campo no habrían surgido ni Barrios ni García Granados. Sus nombres estarían ya perdidos para la historia; pero Cerna, impulsado por sus allegados, repitió el acto inmeditado de Gálvez y de Morazán, los primeros reeleccionistas de nuestros gobernantes, y el resultado fue el mismo: la caída de la administración y el surgimiento de los hombres de fortuna. Así como Gálvez y Morazán engendraron a Carrera, Cerna engendró a Barrios.

Y los hombres del 71 reunieron las primeras cortes constituyentes: las de 1872 que sólo sirvieron para defender un programa político para legalizar la dictadura liberal. Mas, la dictadura las disolvió con el pretexto de la insurrección de la montaña: los remicheros. Cuando Barrios había eliminado a García Granados se convocó a otra Constituyente el año 1876, y de ésta sólo queda, famoso por lo cínico y por lo certero el discurso de Lorenzo Montúfar en que aboga por retirarse del recinto y dejar en manos del jinete, las riendas de la patria. El jinete era Barrios y la patria, nuestra desventurada Guatemala. La Constituyente cerró sus sesiones de conformidad con el pedido de Montúfar y el dictador, legalizado y afirmado de nuevo, siguió siendo amo de la nación.

El año 1879 se convocó nuevamente al Cuerpo Constituyente y de ese alto organismo brotó la famosa Constitución liberal. Su texto es rígido en unas partes y ambiguo en otras. Fue una ley hecha para un dictador en funciones; al gusto y a la medida del amo del país. Y fue esta ley, llena de remiendos, de añadiduras y recortes, la que vino siendo el patrón político de Guatemala hasta los días del 44, con la sola interrupción de los diez meses de la ley de 1920 que, con rigor, es una reforma amplia de aquella ley. Y en los días de 1920, caído el tercer gran dictador de Guatemala, el hombre de garnacha, que con el "látigo de la ley" en la mano hizo temblar al Ejército, se

reunió por quinta o sexta vez el Poder Constituyente. Y comenzó a legislar, a fabricar la ley suprema, la reguladora de toda la estructura jurídica de la nación, viendo de lejos la sombra fatídica del tirano...

La ley fue, en consecuencia, una defensa contra el renacimiento posible de la dictadura que acaba de hundirse. Por eso la ley fue tan dura y tan férrea que los libertos la suprimieron de un tajo; era la revancha de los hombres de capa y espada contra el tirano de garnacha que los había humillado y hasta fustigado. Los libertos del año 21 levantaron del suelo la vieja ley de Barrios y la enarbolaron con orgullo, como el lábaro de Constantino cada vez que el Imperio amenazaba a los cristianos. Esa ley había sido despedazada por dos tendencias bien marcadas: la de reelegirse de todos los dictadores y la de tener más amplitud en sus acciones y movimientos. Barillas la reformó a su antojo, Reyna la reformó y despedazó a su antojo y siempre dejaron abierta la puerta de la reelección...

Sólo un gobernante encontró abierta esa puerta y su honradez lo empujó a cerrarla: el general Lázaro Chacón. La Constitución del año 27 fue dictada con ese espíritu; ella surgió de un gobierno recién electo y no por la necesidad de perpetuarse en el poder. Sólo este acto, aunque fueran ciertos todos los desórdenes de que se acusa injustamente a aquel gobernante, valdría lo suficiente para exculparlo. En 1927 se cerraron las puertas al morbo de la reelección, y por esa misma condición Ubico la rompió a su antojo en 1934. toda la argamasa jurídica que impedía el continuismo fue destruida por el ubiquismo, por muchos de los mismos que la habían construido. Por eso nadie debe creer en los hombres ni en la obra de éstos... Dos golpes sufrió la ley fundamental y el dictador se levantó por encima de ella con soberbia, con fuerza irresistible, con arrogancia imperial...

Y la sombra de ese dictador omnímodo fue la que tuvimos enfrente los Constituyentes del 45. Por eso tal ley, de amplios y grandes mirajes, tiene ese contrasentido: las puertas amplias para las nuevas ideas y las estrechas sendas para que no avance la dictadura. La ley en sí no es mala; pero como dice el doctor Bianchi, no por ello deja de ser un "programa de gobierno". El doctor Arévalo se vio constreñido por esa ley y lentamente se fue burlando de ella. Se encontró el viejo camino de la violación

legal y por ese sendero se extendió toda la administración del gobierno de la Revolución del 44. La dictadura había llevado la esclavitud hasta más allá delo que era usual en Guatemala y por eso surgió el movimiento rural y campesino. Y al surgir, cayó en manos de los camaradas marxistas que supieron apoderarse de aquella aspiración y de aquellas angustias, para llegar muy hondo en la reforma social que ellos patrocinaron y empujaron...

La Constituyente del 45 fue muy popular. Hubo, es verdad, una "aplanadora" oficial, pero ésta ya no venía del Poder, ni de la Junta Revolucionaria de Gobierno, ni del presidente electo. Era la aplanadora de los partidos que comenzaban a dejar de ser agrupaciones cívicas, para convertirse en agrupaciones de obediencia; los totalitarismos estaban a la moda: Mussolini deslumbraba; Hitler enloquecía al mundo con sus "arrechadas"; y, hasta España, daba una lección de reajuste político hacia el unitarismo dictatorial con la Falange y el contragolpe a la revolución que acababa de sofocar a sangre y fuego. Los días del 44 y los primeros del 45 estaban llenos de entusiasmo. No había clase social que no cifrara esperanzas de redención y un empuje vigoroso de la juventud presagiaba reformas profundas y empresas de "alto bordo". Las discusiones de la Constituyente fueron entusiastas, hubo lucha, hubo discusión acalorada; pero hubo fraternidad, compañerismo. El país entero secundaba esta situación y en las barras de la Asamblea nunca faltó público que aplaudiera con entusiasmo o criticara con dureza: hubo hasta bofetadas entre los asistentes y algunos diputados...

Y eso no ha sucedido con esta nueva Constituyente: la que, diez años después, vino a ser el reverso de aquélla, aunque, digan lo que quieran, la actual Constituyente se acobardó ante su carácter reaccionario y mezcló regresiones tremendas con avances mucho más audaces que los de la Revolución del 44. Pero el país no ha seguido a sus representantes, no sólo porque no lo son en rigor de verdad, sino porque no halla nada que pueda entusiasmar al país, ni hay nada que borre los senderos por los cuales nos llegó la zozobra y la anarquía, precursora del comunismo. Quien lea las crónicas ligeras de 1945, a vista de pájaro, pero de un pájaro agorero, podrá comprobar que el país trepidaba al compás de su victoria y de sus esperanzas, no había viejos, no había niños: todo era adolescencia, que es decir, entusiasmo y optimismo de juventud.

Sin embargo, allá en el fondo, germinaban las semillas del comunismo arrojadas al seno de la Asamblea por los muchachos que retornaban de México o de Chile. El mismo Jorge García Granados, que había sido ofendido por los comunistas mexicanos, arrojaba los granos de aquella semilla, y luego los iba a ver germinar lozanos, para hacer sombra de su propio prestigio. Los panoramas de aquellas jornadas de junio y de octubre tenían por fondo un despotismo de catorce años; pero no sólo tenebroso por este lapso sino por lo profundo, lo estéril, lo sórdido. El escenario de las jornadas de junio, diez años después, no tuvieron aquel mismo fondo de dolor: la Revolución de Octubre había dejado libertad de acción, había dejado libertad política, había dejado ejercitar la democracia y había hecho escuela de civismo...

Dondequiera que se presentó la batalla, la oposición ganó todo o parte apreciable. En la capital de la República se ganaron las elecciones del 49, se ganaron en Jalapa, en las Verapaces; y dos años después todavía se ganaron bastantes puntos en la capital, en Quetzaltenango, en varios sitios más. No fueron mayores las ganancias, porque el país no está acostumbrado a luchar: no soltaba dinero, no se fortalecía, no se unificaba... Los ricos, estos ricos sórdidos y vividores, actuaban como siempre, con dos velas: una para el diablo y otra para Dios; pero en el caso concreto, daban más al diablo de los partidos oficiales, que al dios de la oposición. Ahora mismo, cuando también se podría actuar en lucha abierta contra los oficialistas, se puede comprobar lo afirmado: no hay oposición, no obstante que hay millares de descontentos y miles de millares de los que perdieron hace año y medio... ¿Dónde está el valor del Frente Popular Libertador? No hace cinco años se llamaban "valerosos vencedores"; los ganadores de todas las batallas: ellos eran héroes, campeones irresistibles; los hombres de la época... ¿Dónde están ahora, cuando podían demostrar que aquellos autocalificativos eran reales?

Hace ya muchos años que estamos fuera de ordenación jurídica. Los comunistas hicieron gala de atropellar la estructura legal del país. Llegaron hasta mofarse de la Constitución que se había jurado. Para los marxistas no había ley; no había más que una realidad: la revolución; pero para ellos la revolución no era el proceso de violencia, para acelerar la evolución tardía, sino la Revolución Mundial: la ordenada por Rusia, por el Comitern; esto es, por el

Comité Político de la Revolución Mundial, a base del determinismo materialista de la Historia. Y por eso se llegó hasta donde se pudo llegar: la ley agraria fue destructora; su propio articulado habla claro: hay que liquidar la propiedad privada, dice uno de sus artículos de entrada. Si ellos hubiesen sido más cautos, el disfraz habría permitido llegar más hondo... Pero esa franqueza, hija de la confianza que les dio la visita frecuente de sus elementos a los países de la Cortina de Hierro, les vendó los ojos y los echó de bruces...

Pero la verdad no está tanto en la actividad de los marxistas. La responsabilidad efectiva está en aquellos hombres, en aquellos guatemaltecos que siguieron y apoyaron al "soldado del pueblo"; y lo hicieron, no por desconocer la mentalidad de dicho "soldado"; sino porque se convencieron de que él, después del asesinato del coronel Arana, quedaba en el frente político y que tras él estaba, acobardado y temeroso de correr la misma suerte del Jefe de las Fuerzas Armadas, el Presidente de la República. Fue aquella equivocación, aquella conveniencia, la que hizo que se eligiera al hombre que mató la "Revolución de octubre" a golpes de insensatez y vanidad. Porque esta verdad debe grabarse en el recuerdo de todo guatemalteco: Jacobo Arbenz, por exceso de vanidad y tontería, liquidó el movimiento popular más hermoso de la historia de la patria, y del cual se esperaba tanto. Ya ese movimiento había sido desviado por otra vanidad: la rumbosa del doctor Arévalo; pero aquel exgobernante no cometió la tontería de entregarse al poder marxista con la infantilidad que lo hizo Arbenz. Pero, ¿es culpa solamente de Arbenz tal error? No; de ninguna manera: la culpa es de todos los guatemaltecos,

especialmente de aquellos que, por su capacidad y experiencia, sabían los frutos que iba a dar el árbol arbencista...

Cuando escribimos estas líneas la Constituyente del 55 lleva más de un año de labores, y aún no han entregado el código fundamental de la república. Una necesidad imperiosa: la de normar la vida jurídica de Guatemala impuso la convocatoria de diputados a la Asamblea Nacional Legislativa, dando el contrasentido de organizarse un poder que no tendrá patrón sobre el cual fundar sus resoluciones legales. Todo esto ha enredado al gobierno y lo llevará a un caos legal, del que difícilmente podrá salir victorioso en los pocos años que faltan al gobernante para terminar su mandato. Después de todo será inculpaciones, acusaciones de responsabilidad; pero el error será irreparable. Por eso no vacilamos en afirmar que el pueblo, con la sabia intuición que tiene todo conglomerado social, ha oteado ya el fracaso administrativo y no ha respondido al llamado del gobierno. Y lo grave de esto será que cuando el gobernante se dé cuenta de tal desilusión, se eche por los atajos de la dictadura...

El cercano porvenir hablará de nosotros. Pero en la vida de los pueblos los errores de esta naturaleza pesan mucho sobre las naciones, y el castigo consiste en este atraso tremendo que Guatemala lleva ante las demás naciones de su igual o menor capacidad económica, artística, y de ornato y comodidad. Nuestra patria, queridos lectores míos, lleva medio siglo atrás en muchos aspectos de su vida, a la de aquellas naciones que antes le fueron inferiores en cultura y riqueza.

**"ORDEN NO ES UNA PRESIÓN QUE DESDE FUERA SE EJERCE SOBRE LA SOCIEDAD, SINO UN EQUILIBRIO QUE SE SUSCITA EN SU INTERIOR."**

(José Ortega y Gasset)

“NO SOMOS CRIATURAS DE LAS CIRCUNSTANCIAS;  
SOMOS CREADORES DE LA CIRCUNSTANCIA.”

(Benjamín Disraeli)

## Comentarios a La Villa de Santiago

Jacques Le Goff ha dicho en su libro *Pensar la Historia* que ésta necesita no sólo de historiadores serios que la elaboren como ciencia, sino también de escritores amables que la narren, que la sepan divulgar, que la traduzcan a términos vivos, que la hagan lectura comprensible, a la medida de los no historiadores, de la gente común. Y hay muchas formas de hacer esto último. Luis Fernández Molina, nuestro autor de *La Villa de Santiago*, ha optado por una de ellas: la novela histórica. Y lo ha hecho bien: haciendo novela, invención, trama libre y caprichosa pero también recreando la estricta y verdadera historia. Si para lo primero, para hacer el cuento, no ha tenido más que dejar volar su imaginación y aplicarse a las normas que rigen la literatura del relato, para lo segundo ha debido informarse, beber de fuentes documentales ciertas, sujetarse a la disciplina de la investigación, en una palabra, probarse también en el campo de la ciencia histórica. *La Villa de Santiago* es así una mezcla bien conseguida de creatividad subjetiva y encuadre rigurosamente histórico, de frondosidad imaginativa y raíces sustentadas en tierra firme.

Veamos la objetividad de su historia. Hay un marco temporal definido: son los primeros días del mes de septiembre de 1541. En ese pequeño paréntesis de tiempo transcurre la trama de la novela. Es un tiempo real, histórico. Fueron los días que precedieron a la colosal correntada que destruyó la incipiente ciudad de Santiago –hoy Ciudad Vieja– la noche del 10 de septiembre de ese año de 1541. Fernández Molina lo recrea magistralmente: la tenaz e impertinente lluvia, el enclaustramiento obligado de la gobernadora doña Beatriz de la Cueva con sus doncellas, las aprehensiones de su espíritu dolorido por la muerte de su

esposo el Adelantado Pedro de Alvarado, ocurrida en Guadalajara apenas dos meses atrás –una tragedia que todavía no quiere creérsela–; las manías casi pecaminosas de la viuda, está pintando los aposentos de negro en señal de duelo, como si no fueran ese ciclo encapotado y esa cerrada tormenta suficiente ambiente de negrura; la inseguridad del pequeño grupo de conquistadores, faltos de improviso de su líder natural recién fallecido y siempre temerosos de un levantamiento de los naturales de la tierra... La figura serena del obispo Marroquín tratando el imposible de humanizar la conquista... los soldados y primeros pobladores castellanos. Y, del otro lado, el mundo indígena mayoritariamente presente, en proceso de derrota y humillación pero vivo en sus intentos de resistencia; su esperanza de restauración del orden perdido mediante una sublevación que expulsa a los advenedizos; las dificultades de entendimiento entre los grupos, las divisiones de este mundo indígena, su fatal dependencia de una forma de religiosidad que sanciona como inevitables los ciclos del tiempo y hace estremecerse, paralizarse a los espíritus con los presagios de la naturaleza... *La Villa de Santiago*, esta novela, está construida sobre tales bases tomadas de la historia. Palpita historia por sus cuatro costados. Cita nombres reales, describe psicologías reales, maneja acontecimientos verídicos. Sobre todo, crea un espacio, un ambiente general que no es antojadizo sino rigurosamente cierto. Y no hay anacronías. Se refiere a los años primeros de la presencia española en Guatemala, en que todavía el orden colonial, el poder colonial no se ha asentado. Momento de herida abierta, de angustia, de inestabilidad por todas partes: en el exiguo grupo de los extranjeros y en el destrozado mundo de los naturales. La novela no adelanta hechos: describe ese

<sup>1</sup> Miembro del Equipo Directivo de Colloquia (Centro de Arte Contemporáneo). Catedrático del Departamento de Historia de la Universidad del Valle de Guatemala. Catedrático de la Facultad de Teología de la Universidad Rafael Landívar.

momento preciso. La correntada que, bajando del volcán Hunapú, arrasa, al final de narración, la Villa de Santiago resulta un símbolo de lo que el autor trata de reflejar: ese momento tenso e inestable, de lodo movedizo, fluido y peligroso, como la propia tierra recién descubierta, que fueron las dos décadas primeras de la conquista y colonización española de Guatemala, antes de que en 1542 se promulgaran las Leyes Nuevas y con ellas se estableciera cierto orden en medio de tanto desconcierto. Sólo el último capítulo, el del día siguiente a la catástrofe natural, que el autor titula, también como un paradigma, "El amanecer", vislumbra –tras el dolor– la posibilidad de un parto: y una iluminación de una nación llamada Guatemala.

Pero eso, el último capítulo, ya no es historia estricta. Es reflexión sobre la historia, es deseo del autor, es la parte interpretativa, es el ojalá de lo que se quisiera que hubieran sido las cosas. Es una utopía que el autor propone, sin duda, no tanto como estudio de la historia sino como bien intencionado consejero de las conciencias presentes.

Sin embargo, nos lo recuerda, es la utopía de uno de sus personajes históricos, del obispo Marroquín, a quien al final del libro Luis Fernández Molina hace decir lo siguiente:

"Claro, Lorenzo, –le dice Marroquín al capitán Acosta– espero que estos cambios lleguen pronto. Que los indios vuelvan a sentirse en su tierra, que a ellos perteneció antes que a nosotros; que dejen de ser maltratados y... que algún día surja un nuevo pueblo, un pueblo guatemalteco que combine lo mejor que puedan aportar las razas que lo componen..."

Y es que la novela de Fernández Molina, tan bien situada en contextos históricos, no oculta un interés didáctico. En su estilo –al leerla uno descubre que podría ser magnífico material para un guión de película o historieta gráfica– pero, sobre todo, en su intencionalidad. No es un relato aséptico. Sobre ese momento crucial de parto que fueron la conquista y el doloroso encuentro de dos mundos y culturas el autor lanza una mirada que ni es airada ni complaciente. Es simplemente humana. Se sale, en esto del libreto de las dos visiones antagónicas –la de los vencedores y los vencidos, buenos y malos, blanco y negro– con que por lo general se han venido

afrontando los orígenes de la moderna historia del país y propone su visión. El novelista salva aquí nuestra historia. Esta historia lleva muchos años siendo referida como un gran relato sociológico, político, cultural. Demasiadas veces también nos ha venido servida en los platos de la ideología. No negamos que sean legítimos y necesarios los ejercicios de análisis sociológico y estructural del pasado. Pero tras tanta saturación de interpretaciones globales y esquemáticas, viene bien un poco de aire fresco. Dejemos que el novelista nos cuente los pequeños relatos de esa historia, que nos pinte el lado humano –los recuerdos, los temores, el amor y las pasiones– de los protagonistas, que nos salve la gran historia con los cuentos de sus historias menores, sus detalles, su vida cotidiana. Ahí está el dato. Estos hombres y mujeres, españoles, indígenas, mestizos y negros, existieron, tuvieron sus sentimientos, amaron y sintieron miedo. No eran tan sólo marionetas de los gruesos hilos de una política impersonal y todopoderosa, de una razón histórica y fatal: eran seres humanos. Luis Fernández Molina, el novelista, toma este material de humanidad, normalmente oculto en los textos de historia, y con su imaginación creativa lo rescata y revive.

Los líderes indígenas que fraguan la sublevación, los soldados españoles enamorados de las doncellas, las mismas doncellas, el capitán, el cronista Bernal, el obispo Marroquín..., Alvar Pérez el labriego, el gordo Castañeda, matarife del rastro..., Miguel Xequijil el noble indígena convertido en siervo... son gentes, de carne y hueso, hechos del mismo barro, pasados todos ellos por el mismo patrón de su condición humana. La Villa de Santiago es como un lienzo que recoge las pinceladas vivas de la sangre individual de que se nutre el cuadro mayor de la historia. Dos figuras quizás resaltan de manera especial en este friso: la venerable del obispo, por la que el autor no oculta su admiración y simpatía, y la sencilla de Pelicó, el muchacho quiché que vive en carne propia las contradicciones del momento, descoyuntado entre dos lealtades, desbordado por la avalancha de unos acontecimientos mayores que no entiende, él cuya vida y encariñamiento estaban más allá de cualquier frontera, en la cotidianidad de una zona de todos –españoles y naturales– donde de ambos lados tenían buenos amigos.

El novelista salva la historia. Porque le pone los ojos de la comprensión, porque la humaniza. No

quisiera yo decir que ésta sea la única ni siquiera la principal forma de acercarnos a nuestro pasado. Pero es una buena forma. Yo les invito muy honestamente a que lean la novela y la consideren, en su bien balanceada mezcla de subjetividad creativa y objetividad histórica, no como una sustitución de los textos de historia pero sí como un texto que, en su intencionalidad amable, en su visión bondadosa, puede iluminar la frecuente opacidad de esos textos. Por otra parte, y es mi comentario final, trabajos como los de Luis Fernández ayudarán sin duda a rescatar una conciencia colectiva secuestrada por el pesimismo, el miedo y la autocompasión. Es hora de que cambiemos la perspectiva masoquista con que nos venimos analizando y que abramos los ojos.

En este presente guatemalteco y en su pasado histórico la luz de lo humano, la sencillez de las gentes, la sonrisa de los niños, los valores de las tradiciones y culturas –indígenas y ladinas, por igual–, la sensibilidad y el amor son y han sido realidades cuantitativa y cualitativamente resplandecientes. Quizás no hayan sido hasta ahora estas virtudes capaces de orientar la marcha de nuestra Historia en mayúscula o de escribir las líneas maestras del gran relato de la hechura de este país. Pero no lo olvidemos. Vivimos en la posmodernidad: no es tiempo para grandes historias ni grandes relatos. Es tiempo para construir con los pequeños retazos de los relatos menores, con la vida y honestidad de las personas y grupos el lienzo multicolor de una nación tolerante, respetuosa, próspera y equilibrada.

**“EL ESTADO ES LA GRAN FICCIÓN POR MEDIO DE LA CUAL TODOS  
TRATAN DE VIVIR A EXPENSAS DE TODOS LOS DEMÁS.”**

(Frederic Bastiat)

“EL MAYOR DE TODOS LOS PROYECTOS ES TOMAR UNA DECISIÓN.”

(Vauvenargues)

Opción Pública



# Las Alegres Elecciones

## Sumario

1. Las Alegres Elecciones
2. Vendedor de Ilusiones
3. ¿Por qué public choice?
4. Los candidatos
5. El homo economicus
6. Los partidos políticos
7. Los votantes
8. Rent seeking
9. Free rider
10. Las coaliciones
11. Planes de gobierno
12. El mito de la benevolencia
13. El estado de derecho
14. El bien común
15. La justicia social
16. ¿Desvío del ideal democrático
17. ¿La regla de la mayoría?
18. El constitucionalismo
19. Decadencia del sistema político actual
20. De vuelta a la anarquía

“Aquel domingo me levanté más temprano que de costumbre, salí y encontré bullicio en las calles, al llegar al centro de votación instintivamente llevé mi mano al pecho, en donde llevaba mi cédula de vecindad, no quería perder la oportunidad de hacer algo bueno por Guatemala; con un lápiz marqué una X sobre el sonriente rostro del candidato que me convenció con su discurso y ofrecimientos; al salir, un sentimiento de satisfacción invadió mi ser, y pensé: hoy empieza una nueva vida para todos los guatemaltecos, hoy inicia el gran cambio...” Transcurridos casi cuatro años desde ese domingo, las cosas no fueron como pensé, el único cambio que hubo fue para empeorar, y al presentarse nuevamente la oportunidad de votar, decidí no volver a creer en los ofrecimientos de los políticos, y presento a continuación los argumentos que me orillan a tomar tal decisión.

## 1. Las Alegres Elecciones

Con este término originalmente acuñado por el Presidente Juan José Arévalo Bermejo, se refieren muchos periodistas en sus columnas al periodo eleccionario en Guatemala, y lo hacen en razón de todo el ambiente que invade el país por tal motivo, destacando los mítines en los cuales ofrecen el oro y el moro, ya que sus ofrecimientos incluyen de todo, atreviéndose a incluir en los mismos —entre otros— acabar con la delincuencia en veinticuatro horas y hasta la paridad del quetzal con el dólar. Sin embargo, al analizar detenidamente el proceso electoral, el mismo no tiene nada de alegre y sí mucho de trágico, ya que está en juego el bienestar de millones de personas, que carentes de educación y sentido común, son embaucadas por políticos marrulleros que buscan obtener un caudal electoral sobre la base de falaces argumentos, siendo agraviados al final de cuentas todos los habitantes de la nación, incluyendo a los que votaron contrario o no votaron, pues así funciona un sistema democrático en el cual prevalece el voto de la mayoría aun y cuando el mismo no sea sensato, derivándose de esa forma una concepción propia de democracia en América Latina como “gobierno de la mayoría en el cual la mayoría que gana tiene capacidad para oprimir la libertad individual y derechos de la minoría que pierde”<sup>2</sup>. Ya lo señalaba Tocqueville<sup>3</sup> al indicar que “la democracia debe estar en guardia contra el despotismo popular”. En mi criterio el término de alegres elecciones debe ser cambiado por el de trágicas elecciones en razón de las repercusiones generalmente nefastas que conllevan.

1 Juez Penal de Sentencia. Catedrático de Derecho Penal Universidad Rafael Landívar, Doctorado en la Universidad Francisco Marroquín. Ganador del premio del fondo Stillman.

2 O'Grady Mary, Tópicos de Actualidad No.887. CEES.

3 Alexis de Tocqueville. Democracia en América.

## 2. Vendedor de Ilusiones

Cuando se le increpó al actual presidente de la república el porqué de su incumplimiento con todos los ofrecimientos que airoosamente presentó durante su campaña electoral, su lacónica respuesta fue "soy como todos los políticos, soy vendedor de ilusiones". Tal respuesta me heló hasta lo más profundo de los huesos, y aún incrédulo acudí al diccionario para encontrar una definición de la palabra ilusión, y lo que encontré me dejó perplejo: "Esperanza carente de fundamento"<sup>4</sup>. Quiere decir que a sabiendas de que no podía detener la violencia, bajar los precios, mejorar el nivel de vida, mejorar la educación y la salud entre otras muchas cosas, como buen vendedor de ilusiones hizo creer a muchos de que lo lograría, teniendo tal afirmación implícita un alto grado de maldad y criminalidad, ya que se ofrece algo a sabiendas que no va a ser posible su cumplimiento, jugando así con las expectativas de miles de personas que confiadas en un futuro mejor, llevan al poder a quienes no están capacitados para ejercerlo.

Tal razonamiento me llevó a pensar en lo siguiente: debemos votar entonces por la persona que nos ofrezca más esperanzas carentes de fundamento, por el mejor ilusionista, es decir, el artista que produce efectos ilusorios mediante trucos<sup>5</sup>. O bien, ¿existirá un ser humano dispuesto a sacrificar su vida privada, su familia y el anonimato para lograr el bien común de todos sus conciudadanos? Esta interrogante me ha quitado muchas horas de sueño, y para tratar de encontrar una respuesta, me preparo a indagar en los confines del Public Choice, con la esperanza de disipar mis dudas.

## 3. ¿Por qué public choice?

En mi afán por obtener una respuesta a mis interrogantes, acudí a muchas ciencias, empezando con el Derecho, habiendo obtenido como resultado cientos y cientos de leyes vigentes y positivas<sup>6</sup>, que garantizan la legalidad de actos y hechos netamente ilegales, por lo que no me sirve como respuesta; seguí con la psicología y me enseñó que el ser humano sigue patrones de conducta y el porqué del actuar humano, pero que no me servía para aclarar la

situación investigada; y terminé con la ciencia que me pareció mas acertada: la economía. Por ser el tema de mi interés netamente político, la forma de acoplar la economía a la política es mediante el Public Choice u Opción Pública, que es el estudio económico de la política o la toma de decisiones políticas. En palabras de James Buchanan, la opción pública es el estudio del fracaso del gobierno en alcanzar el hipotético ideal de la eficiencia económica, incluyendo dentro de dicho estudio todas las características que la economía otorga al ser humano. Es decir, mediante el uso de las herramientas de la ciencia económica se logra interpretar lo que ocurre en el campo político, destruyendo dogmas que por muchos años se mantuvieron y que por fin me permiten entender el porqué del actuar de los políticos cuando llegan al poder. Es entonces el Public Choice un método praxeológico que trata entre otras cosas el consenso político acerca de las reglas de votación para crear reglas, es una teoría económica del consenso, que considera los costos de oportunidad inherentes a la acción humana, es un análisis económico de costos del proceso de consenso.

Señala Andrés Roemer<sup>7</sup> que los preceptos positivos de la opción pública se han centrado en tres aspectos de la democracia: a) el comportamiento de los representantes y de los partidos políticos tanto durante la campaña como cuando ya se encuentran en el cargo; b) el comportamiento de los votantes en la selección de sus representantes; c) los resultados que se presentan bajo una democracia representativa. Bajo esas premisas, puede hacerse un análisis sobre los factores que influyen tanto en candidatos, partidos, votantes, así como en los resultados que puede llegar a obtenerse al momento de acceder al poder, siempre centrándose en las características de la ciencia económica aplicadas al ámbito político.

## 4. Los candidatos

Para el votante se presentan una variedad de personajes para todos los gustos; militares, abogados, economistas, científicos, empresarios, etc. los cuales pueden llegar a sumar más de veinte, con lo cual el panorama lejos de ser claro, se oscurece ante tanta participación "desinteresada" de personas que su

4 Diccionario ilustrado Océano de la Lengua Española.

5 Ibid.

6 Leyes que se encuentran rigiendo y son de aplicación actual.

7 Introducción al análisis económico del derecho, 1994.

único fin es “salvar a Guatemala”. Ante tal oferta de candidaturas, cabe aclarar que uno de los postulados básicos tanto de la economía como de la opción pública respecto al comportamiento de los individuos en la política es que “el hombre es un ser egoísta, racional y maximizador de utilidad”<sup>8</sup>. Esto me permite inferir entonces, que siendo los políticos hombres comunes y corrientes, su principal interés es su propio bienestar, y no el nuestro; que todas sus acciones están encaminadas a la obtención del máximo posible de beneficios y que todo su actuar está calculado para responder a determinados intereses.

Con este panorama, es más fácil entender la razón de la participación de tantas personas que aspiran a dirigir los destinos del país, y el porqué de tantos ofrecimientos vanos, ya que todos tienen como meta alcanzar el poder y obtener los beneficios que de toda índole ello trae aparejado, dejando en un último lugar lo que al ciudadano común le interesa, es decir, el bienestar general, que es la razón por la cual se les eligió.

Todo lo anterior hace que surja la interrogante ¿Estará la nación destinada a que todos los aspirantes a dirigirla estén guiados por intereses personales y sectarios, y que tanta corrupción que se produce con la llegada de cada nuevo gobierno en algún día provoque que los habitantes prefieran vivir más apegados a un estado de naturaleza, y por tanto ante la ausencia de gobierno vivan en anarquía? La respuesta sólo puede darle el transcurso del tiempo.

## 5. El homo economicus

Modelo de comportamiento humano, maximizador racional y egoísta de riqueza neta, ficción útil llamado modelo egoísta<sup>9</sup>; este modelo económico que sirve para representar el actuar del hombre en la política, encuadra perfectamente dentro del perfil de los candidatos a optar a los puestos de elección popular en Guatemala, ya que como se ha demostrado en el transcurso de toda la historia del país con alguna excepción<sup>10</sup>, en todos los gobiernos la característica

principal ha sido el saqueo de las arcas nacionales, en formas tanto encubiertas como abiertamente, como los casos de campañas de alfabetización, planes de reforestación, ventas de activos del Estado etc., ideando un sinnúmero de maneras de cómo obtener los fondos y con un criterio netamente maximizador; adueñarse de la mayor cantidad posible de los mismos, y siendo que esos fondos pertenecen a la generalidad de la población, surge el egoísmo, definido, como “inmoderado y excesivo amor que se tiene a sí mismo y que le hace atender desmedidamente su propio interés”<sup>11</sup>. Esta ficción se materializa y toma cuerpo corregido y aumentado en el político guatemalteco, quien se adueña de tal caracterización y con elementos propios maquina las más diversas formas de apropiarse de los fondos colectivos, convirtiendo de esa forma al Estado en un benefactor de su insaciable voracidad económica.

En nuestro país actualmente se invierten cantidades millonarias en la promoción de los candidatos que aspiran a gobernar el país, y dije invierten y no gastan, ya que lo que se espera es una pronta recuperación del capital con el respectivo pago de intereses que se calculan millones por ciento de lo invertido. Tanto es así, que como bien lo señala Hayek “Habida cuenta del enorme caudal de recursos y energía hoy dedicados a la política, no cabe duda que ésta ha adquirido, en términos generales, una injustificada preponderancia, lo que constituye un efecto tan oneroso como lesivo para la sociedad”<sup>12</sup>. En tal sentido puede decirse que la actividad política es el negocio de moda en el país, debido a los poderosos intereses económicos envueltos en la misma<sup>13</sup>.

## 6. Los partidos políticos

En la variedad está el gusto, reza un dicho popular; por lo que en el espectro políticos guatemalteco existe una serie de agrupaciones de todos los colores e ideologías posibles: derecha, izquierda, centro, centro derecha, centro izquierda, comunistas, ecologistas, etc., etc., etc., incluyendo a los que utilizan a la religión como gancho para ganar adeptos. Ante tal variedad, al ciudadano común y corriente no le queda más que buscar qué canción es más pegajosa, qué

8 Muller, Dennis. Public Choice. 1979

9 Geoffrey Brennan & Buchanan, La Razón de las Normas.

10 La historia juzga el gobierno de Juan José Arévalo Bermejo como uno de los más rectos del país.

11 Diccionario ilustrado Océano de la Lengua Española.

12 Hayek A.Friedrich. Derecho, Legislación y Libertad. Vol. III.

13 Se estima que el costo de la campaña 2003 será de 250 millones de dólares.

candidato es más agraciado, qué partido regala más y mejores bagatelas (gorras, playeras, lapiceros, llaveros, etc.) o bien esperar el día de las elecciones y recibir el pago que algunos hacen a los que ejercen el voto a favor de determinado partido. Sin embargo, no existe una agrupación que realmente aglutine un conglomerado heterogéneo en el cual se represente a todos los miembros de la sociedad guatemalteca, sino más bien éstos están formados sobre la base de un líder o cacique, en razón de quien giran todas las disposiciones y es quien decide quiénes lo acompañan en su probable gabinete de gobierno, el cual va a caracterizarse lamentablemente, por un marcado nepotismo, amiguismo o compadrazgo, dudosas recomendaciones impositivas, etc., ante lo cual al ciudadano común no le queda más que esperar cuál va a ser el resultado de tan desalentador futuro.

## 7. Los votantes

En la categoría de votantes se incluye una gran gama de personas que asisten por las más variadas razones, siendo la mayoría la que no tiene participación alguna en actividades político-partidistas, y que esperan obtener con su voto todas las promesas que los candidatos se esforzaron en hacerles creer que iban a cumplir, a este gran grupo de ilusos (entre los que me encontraba yo antes de escribir este ensayo), no les queda más que seguir por la televisión el conteo de votos y suspirar cuando aparecen elegantemente vestidos los miembros del Tribunal Supremo Electoral, quienes lentamente y con intervalos de dos o tres horas leen las posiciones de cada uno de los partidos políticos. También existen los votantes interesados, es decir aquellos que esperan obtener algo a cambio del ejercicio del sufragio, entre los cuales están los que esperan trabajo, ascensos, viajes, etc., igualmente se encuentran los votantes de paga, a quienes mediante el pago de una insignificante suma de dinero y el almuerzo del día se les compromete a votar por un determinado partido político. También hay un grupo muy reducido, pero no por ello menos especial: los que votan nulo, este grupo si bien es cierto no fueron convencidos por ningún candidato, también lo es que no quieren perder su derecho al voto, por lo que dejan en blanco las boletas o bien marcan en más de uno, para que de esa forma no sean computados como válidos.

Para el consultor Rolando Castillo<sup>14</sup>, existen tres fenómenos por los cuales el guatemalteco promedio no llega a votar: la indefensión adquirida, la disonancia cognoscitiva y la desconfianza, entendiéndose la primera como la sensación que tiene el votante en la cual considera que su voto no sirve para nada; la segunda es cuando se tiene una creencia y se hace otra cosa; y la desconfianza se produce debido a las experiencias que el votante ha tenido con los partidos políticos, en las cuales ha incumplido con los ofrecimientos. Todo lo anterior produce que exista un marcado abstencionismo, que afecta al sistema electoral actual, ya que tal situación provoca que los gobiernos si bien son electos democráticamente, también lo es que les falta legitimidad, al ser electos por un reducido grupo de votantes.

El votante tiene el monopolio de su voto, el cual está ligado a un costo, denominado por el Public Choice como costo de oportunidad, ya que al emitirlo por un determinado candidato, está limitando la posibilidad de emitirlo por algún otro, en aras de la elección tomada, en tal sentido, el referido voto tiende a ser objeto de una compra-venta, —usando un símil económico—, en el cual el vendedor tiene que ofrecer el mejor precio, entendiéndose éste como promesas, ofertas, etc. a efecto de captar la atención del comprador, en este caso el votante, quien se ve compelido a actuar de acuerdo a las condiciones que más le convengan.

## 8. Rent seeking

Acciones realizadas por individuos y grupos de interés designados para reestructurar la política de manera que directa o indirectamente redistribuirán mayor ingreso a ellos mismos<sup>15</sup>. Este concepto del Public Choice sirve para establecer las características propias de quienes llamados buscadores de rentas, se enrolan en el juego político para que por medio del mismo, el dinero del conglomerado pase directamente a sus cuentas alterando obviamente todas las leyes económicas existentes. En nuestro medio es común que personas particulares aporten millonarias cantidades para financiar las campañas políticas de los partidos, con el consabido pago posterior que se hace de modos poco ortodoxos<sup>16</sup>. En Guatemala se

14 Consultor independiente. Prensa Libre, 17 junio 2003.

15 Gwartney & Stroup, *Economías: Private & Public Choice*.

16 El banquero Francisco Alvarado McDonald luego de financiar la campaña del FRG, recibió a cambio 1,500 millones de quetzales para salvar sus bancos.

han filtrado dentro de la política como buscadores de rentas, los miembros del crimen organizado, quienes entre los favores que esperan recibir a cambio, se encuentran más bien esperan una política de *Laissez Faire*, es decir que los dejen hacer, obteniendo como resultado la falta de injerencia de las fuerzas de seguridad en sus actividades ilícitas, tales como el narcotráfico, trata de blancas, secuestros, robo de vehículos, etc. por lo que de este modo la seguridad ciudadana se ve arrodillada ante el crimen, que lejos de ser atacado es solapado por las mismas autoridades, que de esta forma pagan la factura por el financiamiento prestado. Por otro lado, también se encuentran como buscadores de rentas algunos miembros de la cúpula empresarial, que prestan financiamiento a más de un partido a la vez, ya que ante la eventualidad de que gane uno u otro, automáticamente quedan incluidos dentro del ámbito protector del nuevo gobernante. Y por último en Guatemala al igual que en otros países latinoamericanos, se produce el fenómeno de la existencia del Zar de la televisión<sup>17</sup>, quien poseyendo el monopolio de los medios de comunicación televisivos del país, otorga a su sabor y antojo espacio en sus cuatro canales de televisión y en sus docenas de emisoras de radio, por lo cual se produce el desfile o peregrinación de todos los candidatos, rogando por sus favores, los cuales entre otras cosas le han permitido obtener las frecuencias que pertenecen al Estado por muchos años sin que pueda haber una competencia debida.

### 9. Free rider

Quien recibe el beneficio de un bien sin haber contribuido en su costo<sup>18</sup>. Para adecuar este postulado de la opción pública dentro del medio guatemalteco, basta con revisar superficialmente cómo opera el sistema político actual: por un lado existe el cargo a diputado por listado nacional, que es una forma de llegar al Congreso sobre la base de los votos otorgados a la figura del candidato a la presidencia del ejecutivo, es decir no existe un voto directo, con la consecuencia de que no se elige a quien el votante desea, sino que a quien el partido ha colocado en las respectivas casillas, este es un claro ejemplo del free rider, ya que la persona no hace absolutamente nada y de igual

manera obtiene una diputación; por otro lado, también son free riders, todos aquellos miembros de los partidos, que al momento de que su agrupación accede al poder, obtiene beneficios que generalmente consisten en la obtención de empleos en el sector público, pues es común que a cada cambio de gobierno la burocracia crece, ya que las agrupaciones están obligadas a emplear a sus afiliados. Cuando el partido político accede al poder, surgen muchos free riders u oportunistas como se les llama en español, que lucran con las transacciones propias del gobierno, como lo es la compra de medicinas para los hospitales nacionales, insumos para centros educativos, venta de inmuebles del Estado, etc., lo cual ha permitido el florecimiento de un gran grupo de nuevos ricos, que viven tranquilamente en el país sin ninguna preocupación por el manto de impunidad que los cubre y que por derivarse de las más altas esferas sirve para amparar las acciones de todos.

### 10. Las coaliciones

Cuando dos o más partidos políticos se unen para competir por los cargos de elección pública, su finalidad primordial es la maximización de su interés propio, traducido en votos, presupuestos de las entidades estatales, beneficios, utilidades, etc.; es decir que aún y cuando compartan ideologías diametralmente distintas, es más fuerte el deseo de llegar al poder, que las diferencias que puedan existir en su modo de pensar. Estas coaliciones están vistas en la forma de repartición de un pastel (el gobierno), en el cual va obtener la tajada más grande quien más aporte al proyecto, que algunos denominan proyecto de nación (yo lo llamaría proyecto de saqueo de nación). En Guatemala, país *sui generis* para analizar la política, se produjo recientemente algo que hace algunos años parecía imposible: un deteriorado general, ex comandante general del ejército, presidente *de facto* y un líder y combatiente guerrillero<sup>19</sup> quienes a efecto de aspirar el primero a la presidencia de la república y el segundo a una diputación, hoy día se alaban mutua y públicamente haciendo ver a los incrédulos votantes en potencia de las maravillosas cualidades que cada cual posee, dejando a un lado todo tipo de ideología y valores por los cuales supuestamente un día lucharon, queriendo hacer

17 Curiosamente ese Zar es la misma persona, Angel González, mexicano que adquirió muchos medios de comunicación en el continente americano.

18 Gwartney & Stroup, *Economics: Private & Public Choice*).

19 Se trata de Efraín Ríos Montt y Pedro Palma Lau.

ver que el rastro de sangre que dejaron es parte del pasado y que fue bueno. La conclusión es la siguiente: a la hora de correr por el trono presidencial y todos los cargos disponibles en el gobierno, no hay que tener la más mínima dosis de moral ni de rectitud, basta unirse con cualquiera que atraiga votos, al final, la conclusión es la misma: el fin justifica los medios y las delicias del poder no pueden perderse por falsos escrípulos.

## 11. Planes de gobierno

Según se desprende de los ofrecimientos hechos por los candidatos a dirigir el país, todos tienden a prometer la formación de un Estado benefactor, en el cual el Estado se convierte en una institución que puede armonizar los conflictos sociales y los intereses económicos contrarios, dirigiendo sus actividades hacia un bien común superior, es decir que pretenden corregir las imperfecciones del mercado, y mediante manipulaciones legislativas, van a lograr alcanzar el bienestar de la comunidad. Aun y cuando se ha probado que los intentos por corregir el mercado acaban por destruirlo<sup>20</sup>, se insiste en modificar situaciones que exclusivamente tienen que ser establecidas por el mercado y que deben ser producto de un orden espontáneo, tales como la tributación, los salarios, etc.

Sin embargo, aparte de lo que se intuye por parte de los ofrecimientos de los políticos, no existe actualmente ninguno que tenga un plan de gobierno que diga cómo resolverá los problemas principales del país, el cual debe iniciarse con la consistencia de todas las variables macroeconómicas, se debe continuar con el establecimiento de principios mínimos y por último hay que diseñar las políticas y estrategias necesarias para lograr los objetivos.

Es necesario que los políticos una vez llegados al poder, pongan en funcionamiento las políticas diseñadas y de esa forma no se improvise, pues eso sólo trae consecuencias nefastas ya que no puede perderse un periodo de gobierno en pura experimentación. Quiere decir, que quienes estén interesados en gobernar, deben previamente presentar su plan de gobierno, en el cual como mínimo se incluya el combate a la pobreza, desarrollo de infraestructura, la generación de fuentes de trabajo, regular el sistema financiero nacional, educación integral, servicios de

salud, acceso a vivienda, seguridad ciudadana, combate frontal a la corrupción, políticas fiscales coherentes, mejorar la recaudación e inversión tributaria, etc. Con una planificación que incluya como mínimo los anteriores aspectos, la tarea de gobernar se enfoca a puntos específicos, en los cuales no hay lugar para la especulación, ya que previamente se han definido los planes de trabajo y los correctivos en caso de no obtenerse los resultados esperados.

De lo anteriormente analizado, se desprende que si quienes pretenden llegar al gobierno no han previsto los puntos sobre los cuales va a versar su actividad de gobierno, como ha ocurrido en la historia del país, sin más nos dirigirán hacia una debacle económica, política y social de grandes repercusiones en el presente y en el futuro a corto, mediano y largo plazo.

Algunos economistas reconocidos, incluyendo a Von Mises, critican seriamente la planificación económica central, aduciendo que es imposible para las autoridades poder calcular bien las necesidades reales de los ciudadanos, ya que siempre les hará falta suficiente conocimiento del ilimitado número de elementos y factores que contribuyen a las relaciones entre personas, ya que es el mercado libre quien a través de la mano invisible señalada por Adam Smith, quien se encarga de coordinar el conocimiento disperso y conducirlo hacia las soluciones factibles. Por tanto, económicamente hablando, en los planes de gobierno no debe establecerse situaciones como metas recaudatorias, precios tope, congelamiento de precios, etc., sino más bien únicamente políticas económicas que se espera poner en práctica al accederse al gobierno, en las cuales el mercado sea el que fije los diferentes aspectos económicos, en beneficio de la colectividad.

## 12. El mito de la benevolencia

Los candidatos a cargos de elección pública en una de sus facetas, es decir antes de acceder al poder político, se muestran cual corderos dispuestos a ir al sacrificio por los votantes, ofreciendo cosas imposibles de cumplir, lo cual como es obvio, al momento de hacer efectivos sus ofrecimientos, no lo hacen, en virtud de la imposibilidad material de hacerlo, ya que son cosas irreales, como abolir la pobreza o eliminar por completo la violencia, toda vez que son cosas que pueden mejorarse, mas no

20 H. Hek Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Vol. II.

eliminarse. No es por medio de las buenas intenciones que se corrigen las cosas en un país, es mediante estrategias y metas que en determinado momento pueden hacerse, por lo que a estas alturas de la vida cívica del país resulta irrespetuoso para las personas, que los políticos continúen con su tradicional forma de hacer proselitismo, escudándose en la ignorancia de las mayorías.

Es común en el ámbito político, que los candidatos aparezcan como déspotas benévolos y omniscientes, quienes tendrán a su disposición el poder para mejorar la calidad de vida de sus conciudadanos, es decir, que lo que por obligación deben hacer, aparece como un supremo acto de altruismo y benevolencia, propia del escogido para gobernar; sin embargo, los políticos son personas comunes y corrientes, con intereses propios y con la finalidad primordial de maximizar su propio beneficio. En este punto, surge la explicación que los teóricos de la economía hacen respecto al complejo sistema de intercambios, en el cual las personas reconocen la naturaleza social de las relaciones de intercambio, y puede incorporar los intereses de la otra parte que interviene en el referido intercambio; es decir el político busca maximizar su riqueza neta, y según este sistema, también puede conceder importancia al bienestar de la otra parte, en este caso los votantes, al otorgarles algún beneficio que de todos modos está obligado a hacer.

En este sentido cabe concluir que la benevolencia de los políticos es un auténtico mito, ya que como analizamos, todas sus actividades están guiadas por su deseo incontrolable de tener poder y acceder a la riqueza de la nación.

### 13. El estado de derecho

“No es el Tribunal Supremo Electoral el que tiene qué decidir, es el pueblo el que vota, el que elige y el que quiere que se respete la ley” Efraín Ríos Montt al referirse al no que le diera el TSE.<sup>21</sup>

Provieniendo las anteriores palabras de quien aspira a ser presidente de la nación<sup>22</sup>, no queda más que quedarse estupefacto ante tal afirmación, ya que a través

del contrato social señalado por Rousseau, el pueblo ha delegado en las instituciones estatales una serie de actividades que de otra manera sería imposible realizar, ya sea por las grandes poblaciones o por los extensos territorios, etc. en este caso, se ha delegado por medio de la soberanía que pertenece al pueblo, la facultad al Tribunal Supremo Electoral de regular lo referente al régimen político electoral, según disposiciones constitucionales, por lo que resulta inconcebible que se apele a la referida soberanía para contravenir la ley.

Una concepción simplista de lo que es Estado de Derecho lo constituye aquella que lo entiende como la sociedad políticamente organizada, donde la ley está sobre los gobernantes y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos<sup>23</sup>. Para que exista un estado de derecho, deben concurrir elementales características que señala claramente Bruno Leoni<sup>24</sup>: a) la ausencia de poder arbitrario de parte del gobierno para castigar a los ciudadanos o para cometer actos contra la vida o contra la propiedad; b) la sujeción de todo hombre cualquiera que sea su rango o condición, a la ley ordinaria, y c) un predominio del espíritu legal en las instituciones. Leoni lo hace desde el punto de vista de la *rule of law* inglesa, similar al *Rechtsstaat* alemán y el *état de droit* francés, pero que tiene las mismas repercusiones en los sistemas latinoamericanos actuales, por lo que su contenido es igualmente valedero. Friedrich A. Hayek<sup>25</sup>, en cuanto al estado de derecho, habla de generalidad, igualdad y certeza de la ley, refiriéndose a que la ley debe ser general, es decir nunca debe referirse a individuos particulares, y que no debe promulgarse si se puede predecir quiénes serán los individuos a quienes ayudará o dañará; en cuanto a la igualdad, indica que toda persona cualquiera que sea su rango o condición, está sujeta a la ley ordinaria del territorio; y en cuanto a la certeza de la ley, referida como la convicción de que las acciones jurídicas tomadas hoy, estarán libres de interferencia jurídica mañana.

Bajo las premisas anteriormente analizadas, en el aspecto político-electoral, es necesario que se respete

21 Prensa Libre. Guatemala junio de 2003.

22 Con posterioridad a lo manifestado, su candidatura fue aceptada por la Corte de Constitucionalidad, con el voto de magistrados afines al FRG.

23 Diccionario de derecho usual. Cabanellas Guillermo. Heliasta.

24 La Libertad y la Ley. UFM.1970.

25 The political ideal of the rule of law.1955.

el estado de derecho, puesto que si para alcanzar un fin electoral se violenta el mismo, no puede esperarse nada bueno al haberse accedido al poder.

#### 14. El bien común

Definido como el fin último del Estado, por medio del cual éste establece lo que es útil o conveniente a sus ciudadanos, no es más que una abstracción o hipóstasis, ya que los políticos no tienen acceso a la verdad objetiva respecto de lo que a todos quieren o a todos beneficia. Se resalta el tema del bien común, ya que es uno de los temas fundamentales de los políticos en sus campañas, ya que aducen que al llegar al poder, sus acciones van a alcanzar el tan trillado bien común, sin embargo se denota su total desconocimiento ya que tienen idea de que al legislar se puede modificar la economía, manipulándola a su sabor y antojo, sin tomar en cuenta que el mercado responde a fuerzas que no pueden ser directamente dirigidas a fines concretos como ya reiteradamente se ha comprobado<sup>26</sup>. Señala Hayek<sup>27</sup> que la coacción sólo es tolerable en la medida en que venga exigida por el bienestar general o la convivencia pública, sin embargo ante lo impreciso de la definición de tales términos, se ha permitido su identificación con los particulares intereses de la clase dominante, en tal sentido, los políticos en el poder pretenden mediante la promulgación de leyes inútiles manipular el orden generado espontáneamente para satisfacer en primer lugar sus propias apetencias, y luego los intereses partidistas, bajo el escudo del bien común, el cual por ser un término netamente utópico, es imposible de establecerse de acuerdo a la realidad objetiva. Señala Frederic Bastiat (1848) a la ley en su libro del mismo nombre, como pervertida, al convertirla en instrumento de todos los apetitos inmoderados, en lugar de servir como freno, y en nuestro caso, utilizada para la consecución de fines que nada tienen que ver con el bien común. Jeremy Bentham considera que el bienestar colectivo debe ser la suma de todos los intereses privados, sin embargo no está dado a los políticos conocer las necesidades de todos los miembros de un conglomerado social, por lo que acudir al bien común en aras de la obtención de votos es apelar a la ignorancia de las masas, lo cual hace mas ignominiosa su actuación. Dentro de un marco democrático y de libertad, el bienestar general que el

gobierno debe garantizar, parafraseando a Hayek, en modo alguno puede consistir en la satisfacción de un conjunto de concretas apetencias, sino más bien debe limitarse a la creación de un contexto sobre cuya base individuos y grupos puedan ocuparse de satisfacer aquéllas, es decir mantener un orden espontáneo que a todos permita desarrollar las correspondientes iniciativas productivas. El mismo autor concluye que “el bienestar general que la existencia de las normas contribuye, consiste, pues, en potenciar aquello, que como antes se ha dicho, constituye el contenido del derecho: ese orden abstracto, general y normativo, que no aspira a resultados particulares y conocidos, sino que contribuye meramente de manera indirecta, a la más adecuada materialización de una amplia gama de proyectos individuales”<sup>28</sup>. Igualmente podemos citar a Adam Smith quien en su obra “Wealth of Nations” señala que cada uno debe ser libre de perseguir a su manera su propio interés. En virtud de lo anterior, queda claro que los políticos en sus ofrecimientos de bienestar colectivo, están jugando con una figura utópica que por tener tal sentido es imposible de cumplir, ya que el único interés que realmente piensan satisfacer es el personal y el de sus copartidarios.

#### 15. La justicia social

Este término es el más explotado por los demagogos, que han encontrado en él una fuente poderosa de confrontación y que les permite distanciar a los distintos grupos sociales, al someterlos al escrutinio de la posesión de la riqueza, con el cual logran obtener el voto de quien más les interesa: el de los sectores populares y carentes de formación, ya que les permite aglutinarlos sobre la base de falacias y sofismos que provocan brotes de populismo, que únicamente sirven para conseguir el voto de los llamados desposeídos, los cuales ven cómo transcurre el cambio de gobierno y su situación lejos de mejorar empeora y que nuevamente se les ofrece lo mismo.

Como bien lo explica Hayek, la justicia social esconde bajo su inocua apariencia de buena predisposición hacia los menos afortunados, un fraude que encubre intereses cuyo significado no puede apadrinarse bajo ningún principio de justicia. Igualmente considera

26 Al aumentar los salarios mínimos por decreto, no se termina la pobreza.

27 Dicho, Legislación y Libertad, Tomo II.

28 *Ibid.* p. 26

dicho autor que la expresión Justicia Social constituye un disfraz de la demagogia, por lo que cualquier pensador responsable debiera abstenerse de emplear dicho término.

El referido autor señala que el recurso a la justicia social se ha convertido en el más socorrido y eficaz argumento, y que no hay movimiento ni figura política que recurran gustosos al empleo del lema de referencia en la defensa de las medidas propugnadas. Igualmente considera que la generalizada aceptación del concepto de justicia social representa la más trascendental amenaza que sobre la mayoría de los valores esenciales a nuestra civilización se cierne<sup>29</sup>.

En la sociedad libre, no puede atribuírsele a nadie, sea persona o institución, la desigualdad en la distribución de la riqueza, igualmente no puede determinarse cuánto corresponde a cada cual, ya que no es cuantificable tal situación, eso sólo puede hacerse en una economía dirigida, es decir en aquella en la cual un ente central manipula el mercado a efecto de obtener resultados que no dependen del conocimiento disperso, pero ya la historia juzgó que tales planteamientos fracasaron y no son viables.

En sus planteamientos, los políticos atribuyen las desigualdades a decisiones tomadas por gobiernos anteriores, sin embargo obvian indicar que dichas decisiones pudieron haber sido tomadas para alcanzar el ideal de la justicia social, que es precisamente lo que se afanan en ofrecer.

Por lo anterior, cabe tildar a la justicia social como un mero espejismo (Hayek), el cual es utilizado por los políticos en sus campañas y al haber accedido al poder, por los gobernantes para encubrir sus deshonorosos actos.

## 16. ¿Desvío del ideal democrático?

Las actitudes que los políticos toman, las cuales casi en su totalidad son en su propio beneficio, sirven para provocar una degradación constante en el significado de la palabra democracia, a tal extremo que se le asocia con todas las cosas negativas que se hacen bajo su amparo; además, su definición se ha desvirtuado totalmente, al extremo de aplicarse a

sin número de realidades que no tienen relación alguna con aquella, cuando en la realidad su concepto hace únicamente referencia a un procedimiento en virtud del cual cabe lograr la toma de decisiones en materia de gobierno. Von Mises señala que “la democracia aporta un método que permite el pacífico acoplamiento de la función de gobierno a la voluntad de la mayoría”<sup>30</sup>. Popper al referirse al sistema dice: “sugiero que el término democracia sea considerado sucinta expresión alusiva a aquellos tipos de gobierno de los que cabe liberarse sin derramamiento de sangre, por ejemplo, por la vía de unas elecciones generales”<sup>31</sup>.

Es en el sistema democrático en donde claramente se denota que la existencia de grupos de presión tienen amplia injerencia en el manejo de la política, ya que al tenerse pretensiones que satisfacer, se crea un juego de ofrecimientos y promesas, que puedan o no, deben de cumplirse, por lo que lejos de plasmar la voluntad de la mayoría, representa tan solo el conjunto de concesiones que los grupos deben hacerse entre sí, a efecto de convivir en la esfera política. En tal sentido, el ideal que representa la democracia en nuestro país, se ve fuertemente violentado principalmente por el flagelo de la corrupción, que ha sido la característica de los últimos cuatro gobiernos llamados democráticos, los cuales no han podido satisfacer las expectativas de los ciudadanos, sino más bien han desviado el ideal democrático por senderos oscuros de los cuales va costar mucho salir. Lo anterior es fruto inevitable del funcionamiento de un *stablishment* que autoriza a un gobierno ilimitado a adoptar medidas que tienden a satisfacer las apetencias de grupos cuyo apoyo les es indispensable, por lo cual es necesario la existencia de límites constitucionales que frenen o limiten las facultades discrecionales de los Estados. Sin embargo, ésto no es atribuible al verdadero sentido del vocablo democracia, el cual se mantiene incólume ante los ataques de que es objeto, tal y como dice Hayek: “Lo que inevitablemente implica corrupción no es, por lo tanto, el proceso democrático en sí, ni tampoco el gobierno representativo, sino el concreto tipo de organización política elegido por la humanidad que se base sobre la existencia de una única y omnipotente

29 Ibid.

30 Ludwin Von Mises. *Human Action*. 1966.

31 Karl Raymond Popper. *The Open Society and its Enemies*.

institución legislativa<sup>32</sup>. Consecuentemente el ideal democrático es en esencia bueno, son los políticos con sus argucias y marrullerías que lo desvían hacia la consecución de fines que no son y no representan la voluntad de los gobernados que por lo tanto tienden a atribuirle toda esa corrupción a la maltrecha democracia.

Hayek<sup>33</sup> considera que la democracia es un medio antes que un fin, es el único método de cambio pacífico descubierto por el hombre, es salvaguardia de la libertad individual y proporciona a las personas ilustración acerca de la mecánica de los negocios públicos. Por lo tanto, su ideal debe mantenerse ya que es benéfica con relación a otras formas de gobierno, aun y cuando sus beneficios se observen a largo plazo.

### 17. ¿La regla de la mayoría?

En nuestro sistema político, por ser de tipo representativo, opera la denominada regla de la mayoría, por medio de la cual se delega la representatividad para elegir representantes y para tomar decisiones en materia legislativa, la cual se hace en el Congreso de la República, lo que hace que se genere legislación privilegiada, que favorece a determinados grupos en detrimento de otros, lo cual lamentablemente contradice y daña el ideal democrático.

En sistemas en los cuales es reducido el número de electores, opera el principio de unanimidad, ya que es relativamente fácil llegar a un acuerdo en el cual los costos externos son relevantes para reducir; sin embargo al aumentarse el número de los votantes, debe operar la regla de la mayoría, a efecto de obtener el consenso político, el cual se produce en dos niveles: el constitucional y el operacional, siendo el primero el que por medio del poder constituyente establece las funciones y actividades del Estado, mientras el segundo es el que se encarga de determinar la forma en que el estado desarrollará las referidas actividades. Ambos niveles implican decisiones tomadas por los votantes sobre la base de criterios económicos, es decir, la posibilidad de que su decisión resulte en costos que afecten sus intereses.

En el desarrollo de la actividad estatal, el voto individual tiene un precio político, el cual actúa de la misma manera que el sistema de precios en el mercado, es decir informando, siendo definido por las normas que conciernen a la votación, las cuales son netamente negociadoras.

La actividad por medio de la cual se produce la negociación de votos para lograr ganancias y reducir costos es conocida en el ámbito del Public Choice como Logrolling, el cual en nuestro país ocurre en la toma de decisiones que requieren de mayoría simple (mitad más uno), o bien mayoría calificada (tres cuartas partes), situaciones éstas que no permiten que los paquetes legislativos sean discutidos plenamente, produciendo externalidades adicionales, situación que se produce ante la escasa capacidad negociadora que en algunos casos las minorías poseen, o bien se encuentran imposibilitados ante la intensidad de sus preferencias.

En Guatemala, curiosamente sucede que quien vota para un candidato a presidente, generalmente vota también por los candidatos a diputados del mismo partido, con la consecuencia lógica de quien resulta ganador logra también una mayoría en el Congreso, con lo que obtiene las llamadas "aplanadoras", denominadas así porque no tienen ningún freno para aprobar las leyes que les interesan, en las cuales requieren de mayoría simple, por lo que cuando se hace necesario aprobar leyes que requieren mayoría calificada, se ven en la urgencia de hacer uso del logrolling con los partidos minoritarios que les son afines o que esperan obtener beneficios a cambio de su voto. Este sistema de votación no permite la transparencia necesaria en la negociación de votos, ante la ausencia de reglas y controles que señalen la forma más honesta de realizarlo, con la consabida consecuencia de emisión de leyes casuísticas y sectoriales, que de ese modo conculcan la libertad individual y socavan los pilares de la democracia.

El logrolling si bien es cierto es permitido y valdedero, en el país ha alcanzado grados extremos, tal el caso de los cintillos de banco que aparecen debajo de las curules de los diputados luego de la aprobación de alguna ley,

32 Friedrich Von Hayek. El orden político de una sociedad libre.

33 Friedrich Von Hayek. Sobre la Libertad.

lo cual denota que la regla de la mayoría a nivel legislativo, coadyuva a la existencia de corrupción y hacen del logrolling una actividad nefasta, toda vez que permite el surgimiento de leyes que van en detrimento de la población. Citando a W. H. Hutt (1971) "El problema que hoy en día más urgentemente precisan resolver quienes se inquietan por la supervivencia de las instituciones democráticas es el de limitar el proceso de compra votos".

## 18. El constitucionalismo

James Buchanan<sup>34</sup> considera que la constitución, proveniente de un contrato social, es el mecanismo *ad hoc* para restringir las acciones de los políticos, es decir, las normas constitucionales creadas por el poder constituyente, deben ser claras y precisas en cuanto a limitar el poder tanto real como discrecional arrojado a los políticos en el ejercicio del poder constituido, sugiriendo incluso una revolución constitucional en democracia<sup>35</sup>. Es mediante el respeto a las normas establecidas que se logra la estabilidad de un orden social establecido, ya que el incumplimiento de las referidas normas provoca injusticia, lo cual hace insatisfactoria la vida entre reglas. Señala Hobbes<sup>36</sup>: "cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto y la definición de injusticia no es otra cosa que no cumplir el pacto".

La economía política constitucional postula que el comportamiento de los individuos dentro de las instituciones colectivas está determinado en gran medida por las reglas que regulan su funcionamiento, en ese sentido, para que el gobierno cumpla con finalidad, depende de su funcionamiento, el cual depende grandemente del comportamiento de sus funcionarios y empleados, y el comportamiento de éstos está determinado en gran medida por las reglas que regulan su funcionamiento, cuyo fundamento se encuentra en la Constitución, en su parte orgánica. Las reglas así como las estructuras institucionales creadas por el poder constituyente deben basarse en el cálculo de los costos de oportunidad de los individuos que interactúan dentro de instituciones colectivas. Para Hayek<sup>37</sup>, la única contribución que el gobierno debe hacer en materia constitucional en

aras de mantener el orden social, es proteger al ciudadano contra la coerción y la violencia, pero no arrogarse el monopolio de esa coerción y violencia convirtiéndose en la principal amenaza de la libertad individual.

Puede decirse que dentro de un sistema democrático, el medio idóneo para poner freno al desmedido poder que los políticos ostentan es mediante la estructuración de normas constitucionales que adecúen su actuar, lo cual puede lograrse en países como el nuestro, únicamente mediante la educación cívica hacia la población, lo cual es extremadamente difícil, dado el alto grado de analfabetismo que existe<sup>38</sup>, convirtiendo a los ciudadanos en presa fácil de los fines –aviesos la mayoría de veces– de los políticos.

## 19. Decadencia del sistema Político actual

Guatemala luego de su historia de regímenes militares, dio paso al sendero de la democracia, habiendo desfilado cinco gobiernos bajo ese sistema, mostrando al hacer un recuento de sus actuaciones, un saldo negativo: aumento de los índices de pobreza, reducción en la inversión nacional y extranjera, déficit fiscal, desconfianza internacional, aumento del analfabetismo, multiplicación de la corrupción a todo nivel, inflación, y lo más preocupante: el ascenso del crimen organizado a las altas esferas del poder. Lo anterior se agrava al ver que cada vez que se produce un evento electoral las caras son las mismas, no surgen nuevos líderes, los protagonistas de la política nacional continúan viendo en las arcas estatales una mina de oro que deben explotar; no existen planes de gobierno serios y bien estructurados que presenten al menos una posibilidad de salir de la crisis permanente en la que los gobiernos colocan al país.

De lo anterior se deduce que se hace necesaria una reestructuración del sistema político actual, en el sentido de restringir la actividad de los gobernantes en cuanto al poder discrecional que la misma Constitución les otorga, a la vez que debe sujetarse la economía nacional a las directrices que el libre mercado señala, ya que está plenamente probado

34 Premio Nobel en Economía en 1986.

35 La Razón de las Normas. Geoffrey Brennan y James Buchanan.

36 Thomas Hobbes. Leviathan.

37 Hayek Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Vol. III.

38 Guatemala es superada únicamente por Haití en analfabetismo a nivel latinoamericano.

que manipular el mercado en aras de otorgar privilegios a determinados sectores sólo ha tenido nefastos resultados en la economía, lo mismo que sucede al tratar de implementar irreales salarios mínimos o bien cuando se implantan impuestos a grupos productivos con el afán de proteger monopolios o dar beneficios a ciertos carteles. De esa manera, a la luz de una contienda electoral, lo único que podemos esperar es más de lo mismo: no existen planteamientos serios que permitan hacer grandes cambios a corto plazo, por lo que si en el país continuamos con un Congreso corrupto, jueces vanales, y autoridades sometidas al yugo de la corrupción, sólo queda esperar la debacle del Estado guatemalteco que no podrá sostener por mucho tiempo más las embestidas que le aciertan en sus estructuras que hoy día no son nada sólidas. Señala Hayek<sup>39</sup> que el único monopolio que es menester del Estado poseer, lo constituye el de mantener el orden público, incluida la defensa contra cualquier agresión procedente del exterior y la correspondiente financiación de las fuerzas armadas, fuera de lo anterior, corresponde a los particulares competir por la prestación de los servicios, para que mediante la competencia libre y con la información proveniente del mercado se compita para que el mejor sea adjudicatario de la prestación de los referidos servicios, y no como sucede actualmente, en el que el monopolio pertenece al Estado, el cual presta malos servicios a precios fuera del mercado y con el consecuente desvío de fondos que nunca llegan a las arcas nacionales, siendo este otro aspecto que se hace necesario que los políticos consideren si en verdad quieren rescatar en algo al país.

## 20. De vuelta a la anarquía

Con el futuro desalentador que se plantea, surgen dudas acerca de lo que puede pasar si no existen cambios drásticos y sustanciales en cuanto al funcionamiento del aparato estatal y la función del quehacer político nacional, pues como vimos, el sistema de representatividad que nos rige ha sido ineficaz dado que quienes llegan a representarnos haciendo acopio de la figura del *homo economicus* se

esfuerzan en maximizar cuanto les convenga a ellos, olvidando por completo la finalidad de ser representantes de los gobernados, quienes esperan resultados al tratar de maximizar su voto. Señala Nozick<sup>40</sup> que algunos anarquistas<sup>41</sup> han afirmado que no sólo estaríamos mejor sin un estado, sino que cualquier Estado viola necesariamente los derechos morales de los individuos y por lo tanto es intrínsecamente inmoral. El referido autor señala que el estado mínimo es el único que se puede justificar, entendiéndose por estado mínimo, el estado gendarme de la teoría liberal clásica, el cual limita sus funciones a la protección de todos sus ciudadanos contra la violencia, el robo, el fraude y a la de hacer cumplir los contratos. Ante los planteamientos anarquistas cabe preguntarse: si hemos comprobado que no funciona el Estado con los poderes soberanos otorgados por los gobernados, ¿no estaríamos mejor sin ese estado? No viviríamos mejor en un estado de naturaleza como el de John Locke, en el cual los individuos se encuentran en un estado de perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus posesiones y personas como juzguen conveniente, dentro de los límites del derecho natural, sin requerir permiso y sin depender de la voluntad de ningún otro. Por otro lado, Santo Tomás de Aquino señala al estado como un organismo necesario dentro del cual la persona debe cumplir sus deberes frente a sus semejantes y como criatura de Dios, realizando nuevamente la importancia del derecho natural para la obtención de los fines humanos.

De lo anteriormente señalado, puede inferirse que la lógica consecuencia de la ineficacia estatal para cumplir con sus más elementales funciones pueden ser que algún día colapse el sistema ya que los ciudadanos cansados del despotismo gubernamental y ante la constante explotación a la que son sometidos decidan regresar a una anarquía en la cual van a regirse por los mandatos que el derecho natural señala sin necesidad de estar consignados en ningún cuerpo legal y los cuales llegan a su conocimiento por la vía del intelecto.

39. *Ibid*

40. Robert Nozick. Anarquía, Estado y Utopía.

41. Doctrina social que propugna por la supresión del Estado y defiende la libre asociación de los individuos.

## Conclusiones

Llegado a este punto, cabe hacer una reflexión sobre lo analizado y hacer unas breves consideraciones al respecto:

- El Public Choice u Opción Pública unifica las ciencias económicas con las ciencias políticas, proveyendo de soluciones a la problemática surgida en la toma de decisiones políticas.
- Dentro del ámbito político, se considera el actuar del hombre como egoísta, racional y maximizador de utilidad.
- A los políticos no puede encuadrarse dentro de la figura del déspota benevolente, ya que la misma es inexistente.
- El voto es monopolio del ciudadano, y tiene un costo de oportunidad.
- Todos los actores políticos responden a incentivos.
- La elección por medio de la regla de la mayoría sirve para procesar distintas preferencias individuales.
- El resultado de las decisiones que la mayoría impone, genera un resultado colectivo que es compartido por todos los habitantes.
- A nivel político, los resultados que se obtienen no son necesariamente eficientes u óptimos.
- El velo de la ignorancia hace que nos sometamos a reglas sociales sin saber cuál será su efecto sobre nosotros, ya que dichas reglas nos permiten predecir las acciones de los demás y las propias.
- Debe limitarse el ejercicio de la democracia mayoritaria, ya que la misma la convierte en tiránica.
- El actuar de los políticos debe limitarse por medios constitucionales para frenar su excesivo poder.
- El interés primordial de los políticos es llegar al poder, no como solucionar los problemas del país.
- Los partidos políticos carecen de reales planes de gobierno, consecuentemente quien accede al poder no tiene metas trazadas, por lo que deben improvisar.
- Es primordial que quien tome el poder ponga en marcha inmediatamente políticas que reactiven la economía, genere empleos, facilite y promueva la inversión nacional y extranjera, y aumente la productividad nacional, entre otras cosas.
- Las políticas gubernamentales deben ser congruentes y factibles, aplicando criterios de libre mercado.
- Los free riders y los rent seekers se encuentran al acecho del actuar político para enquistarse en el gobierno de turno y obtener fáciles beneficios.
- Los políticos en su afán de llegar al poder realizan coaliciones en las cuales no comparten ni ideologías ni metas, sino únicamente la voracidad por las riquezas del Estado.
- La libertad individual se ve coartada con las disposiciones arbitrarias de los políticos en el poder.
- Es fundamental la existencia de un estado de derecho a efecto de garantizar a los ciudadanos los elementales derechos que señala el derecho natural.
- El bien común y la justicia social son abstracciones de las que hacen uso los políticos en sus discursos populistas, para congregar a las mayorías de los estratos bajos de la sociedad.
- Sólo la democracia permite el cambio de los gobiernos en forma pacífica.
- El sistema político actual se encuentra en franca decadencia, sin visos de mejorar.
- El crimen organizado logró infiltrarse en todo ámbito gubernamental, poseyendo actualmente un poder paralelo al que posee el estado per se.
- La corrupción gubernamental ha alcanzado un grado tan alto, que socava los pilares fundamentales de la democracia.

- La fragilidad estatal hace pensar que algún día los individuos preferirán regresar al estado de naturaleza de John Locke.
- Entre los ciudadanos, los partidos políticos no gozan de credibilidad como instrumentos idóneos de representación.
- Los políticos implementan sistemas para traducir en votos sus propuestas pragmáticas.
- Es posible producir una revolución por la vía constitucional.

“Ya no esperamos resultados del gobierno. Lo que fue un romance pasional entre el pueblo y el gobierno por tanto tiempo, ahora se ha convertido en una alianza cansada, de edad media, la cual no sabemos exactamente cómo romper.”

“LA CIVILIZACIÓN PROGRESA AL AUMENTAR EL NÚMERO DE COSAS IMPORTANTES QUE PODEMOS EJECUTAR SIN PENSAR EN ELLAS. LAS OPERACIONES DEL PENSAMIENTO SON COMO LAS CARGAS DE CABALLERÍA EN UNA BATALLA; ESTÁN ESTRICTAMENTE LIMITADAS EN NÚMERO; REQUIEREN CABALLOS DE REFRESCO Y DEBEN DARSE ÚNICAMENTE EN LOS MOMENTOS DECISIVOS.”

(A.N. Whitehead)

# La Teoría del Ciclo Económico: ¿Revolución Keynesiana y Ortodoxia Austriaca?

## Sumario

1. Los postulados clásicos
2. La duración del ciclo económico
3. La solución keynesiana
4. La teoría austriaca de los ciclos económicos

Sobre el tema de los ciclos económicos se ha escrito infinidad de cuestiones. Las fluctuaciones más o menos periódicas en la renta nacional, los precios y sobre todo el empleo han generado grandes preocupaciones en los economistas que han generado múltiples intentos por tratar de explicar estos sucesos, muchas veces sin éxito. Algunas veces sin éxito "científico" y otras veces sin éxito popular o político.

Los fundamentos en los cuales descansaba el edificio intelectual de la escuela clásica no dejaba lugar *teórico* a periodos prolongados de desequilibrio económico, es decir, la existencia de periodos largos de desempleo, no podía explicarse desde la perspectiva de los economistas clásicos. Es entonces cuando aparece en el horizonte intelectual la figura de J. M. Keynes con una explicación alternativa que explicaba los fenómenos que se vivían allá por los años treinta en el mundo entero. El apareamiento de esta alternativa al análisis de la economía (juntamente con la fundación de la disciplina macroeconómica como tal) tuvo éxito, aparente, tanto científico como político. Posteriormente aparece otra teoría explicativa acerca del ciclo económico, esta llevada a cabo por L. V. Mises y la escuela austriaca en general. Esta con menor éxito, aparente, en el mundo "científico" y el mundo político. Ambas teorías tienen algo en común, ambas son un intento sistematizado de explicar los ciclos económicos, y de presentar una teoría explicativa al paradigma clásico que pronosticaba

ajustes inmediatos en las economías por lo que no podría existir periodos prolongados de desempleo y desequilibrio económico.

Lo que se pretende en este trabajo es únicamente hacer un repaso breve pero conciso acerca de las explicaciones del ciclo económico desde la perspectiva keynesiana y la austriaca, contrastándola con las bases clásicas para tratar de determinar hasta qué punto puede considerarse a Keynes como un revolucionario, y a la escuela austriaca como una escuela hasta cierto punto ortodoxa con la escuela clásica.

Primeramente se realizará una descripción de los postulados clásicos fundamentales, luego continuará con una exposición del modelo keynesiano tratando de mostrar las respuestas a los postulados clásicos, posteriormente se hará una descripción de la teoría austriaca del ciclo económico y finalmente se realizará una discusión de los diferentes postulados para tratar de dilucidar sus similitudes, diferencias y en definitiva, si representa Keynes una revolución en economía y si el mundo austriaco representa ortodoxia con respecto del mundo clásico, o si bien, los verdaderos revolucionarios son los economistas austriacos.

## 1. Los postulados clásicos

Primeramente se realizará una exposición de los postulados clásicos (a los que Keynes se refiere) y la crítica que el mismo Keynes realiza. Continuaré con la proposición de Keynes y finalmente con la postura austriaca para luego terminar con una comparación entre las teorías y poder definir en qué sentido es Keynes revolucionario y en qué sentido no lo es. Así mismo trataré de determinar en qué sentido los austriacos son ortodoxos y en cual no.

### Postulado # 1

**El salario es igual a la productividad marginal del trabajo:** este postulado, que es uno de los fundamentales, se refiere a que el salario pagado a un trabajador es igual al valor que se perdería por reducir en una unidad el monto de trabajo. Esta igualdad no se cumple siempre debido a que puede ser distorsionada debido por el grado de competencia y desarrollo de los mercados<sup>2</sup>.

El postulado uno es básico y no deja mayor discusión, además, el mismo Keynes es el postulado que menos ataca. De alguna manera lo acepta.

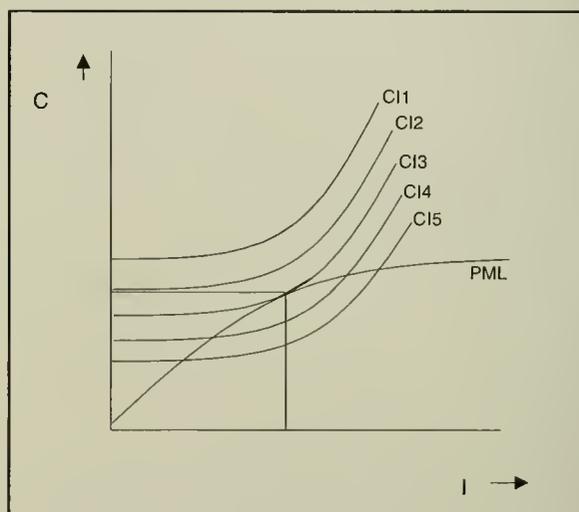
### Postulado # 2

**La utilidad del salario cuando un volumen dado de trabajo esta empleado es igual a la desutilidad marginal de ese nivel de empleo.** Esto quiere decir, que el salario que se paga a cada trabajador es justamente suficiente para soportar la desutilidad generada por ese nivel de empleo. En la gráfica 1 se ejemplifica este postulado.

La familia de curva de indiferencias graficadas con forma exponencial ejemplifican la relación de desutilidad (graficado en el eje X) como trabajo y utilidad graficado como consumo (o salario) en el eje Y. La curva de indiferencia indica que se está dispuesto a trabajar más siempre y cuando se acceda a mayor consumo, es decir, se es capaz de aceptar mayor nivel de desutilidad a cambio de mayor consumo. A medida que se tienen niveles de consumo, la tasa marginal de sustitución aumenta, es decir, por esto tiene la forma exponencial. Al principio las personas están dispuestas a sacrificar mayor número de horas (a nivel microeconómico) y hay mayor número de personas dispuestas a trabajar por un

salario más bajo en la medida que el país es más pobre (a nivel macroeconómico), es decir, que a medida que aumenta la riqueza personal y agregada, se está dispuesto a trabajar más (horas a nivel micro, y personas a nivel macro) sólo por incrementos mucho mayores en el consumo<sup>3</sup>.

Gráfica 1



La productividad marginal del trabajo está ejemplificada en la curva PML. Cuando las pendientes son exactamente iguales, es decir, cuando son tangentes, se da la igualdad expuesta en el postulado dos. En ese momento, la utilidad que proporciona el trabajo en términos de salario y por lo tanto de consumo (por simplificar diremos sólo consumo) es suficiente para compensar la desutilidad del trabajo. De esta manera se establece el nivel de trabajo, a nivel personal, el número de horas dedicado al trabajo, y a nivel agregado, el esfuerzo laboral agregado, en número de personas y número de horas trabajadas.

2 Keynes lo dice de la siguiente manera: "However, to the qualification that the equality may be disturbed in accordance with certain principles, if competition and markets are imperfect".

3 A nivel microeconómico se explicaría diciendo que a bajos niveles de renta las personas están dispuestas a incrementar el número de horas laborales por pequeños incrementos en la renta, a medida que sus niveles de renta son significativamente mayores (siempre de manera subjetiva) están dispuestos a sacrificar una hora de ocio sólo por un incremento mucho más que proporcional en el consumo (salario). El sustento de esto está en el efecto riqueza. A medida que se hace escaso el ocio, se hace mucho más caro el esfuerzo laboral.

A nivel macroeconómico podría explicarse de la siguiente manera: A niveles de renta permanente bajos en un país, existe más gente dispuesta a trabajar inclusive por niveles de salarios considerados bajos en otros países más desarrollados, pero a medida que aumenta la riqueza acumulada, hay menos gente dispuesta a trabajar por el mismo nivel de salarios antes mencionados. Es decir, a medida que un país se hace rico, se está en las condiciones de tener por ejemplo, mayor número de estudiantes universitarios de tiempo completo, esto como ejemplo, el nivel de riqueza agregada de las familias les proporciona la posibilidad de realizar esto. Por eso, sólo niveles más altos de salarios llevarían a un estudiante de este tipo a sacrificar el estudio. El salario debe compensar (a nivel subjetivo y personal) la desutilidad del trabajo, que significa renuncia a ocio, libertad personal.

En la gráfica se muestra el esfuerzo agregado y el nivel de salario en la parte no sombreada. Las personas que tienen un costo de oportunidad mucho mayor a su productividad quedan de manera automática fuera del mercado laboral, porque por el monto de salario que estarían dispuestos a trabajar no lo captarían en el mercado laboral debido a que su productividad es menor a ese nivel de salario. (Aquí se asume indirectamente el postulado 1, es decir, el salario es igual a la productividad marginal del trabajo). Vemos entonces que el postulado dos es compatible con la idea de desempleo voluntario. Pero ¿acepta el postulado clásico la idea de desempleo involuntario?, antes de pasar a esto veremos si es que el postulado dos de los clásicos acepta el desempleo llamado friccional. Según Keynes sí, lo expresa de la siguiente manera:

“This postulate is compatible with what may be called “frictional” unemployment. For a realistic interpretation of it legitimately allows for various inexactnesses of adjustment which stand in the way of continuous full employment: for example, unemployment due to a temporary want of balance between the relative quantities of specialised resources as a result of miscalculation or intermittent demand; or to time-lags consequent on unforeseen changes; or to the fact that the change-over from one employment to another cannot be affected without a certain delay, so that there will always exist in a non-static society a proportion resources unemployed “between jobs”<sup>4</sup>.

Según Keynes los clásicos aceptan este tipo de desempleo, que son en cualquier caso, temporales y jamás permanentes (en un sentido temporal, nada es completamente permanente). El desempleo friccional no es más que el costo de transacción de ajuste de la economía. Ahora volvemos a la pregunta ¿aceptan los clásicos la idea de desempleo involuntario? Según Keynes no.

Primeramente definamos qué entiende Keynes por desempleo involuntario y posteriormente pasemos a las crítica de los postulados –sobre todo el segundo– para comprender la postura keynesiana sobre los errores clásicos.

“Men are involuntary unemployed if, in the event of a small rise in the price of wage-goods relatively to the money-wages, both aggregate supply of labour willing to work for the current money-wage and the aggregate demand or it at that wage would be greater than the existing volume of employment”<sup>5</sup>.

¿Qué quiere decir esto? Entiendo que lo que quiere decir Keynes aquí es la crítica global al postulado 2. Keynes tiene básicamente dos críticas. La primera consiste en afirmar que la demanda de empleo no depende siempre del salario real, sino que por lo menos en algún rango depende del salario nominal. La justificación que da Keynes es la siguiente, cuando vemos incrementos en los precios de los bienes de los asalariados, y los salarios nominales quedan en el mismo nivel anterior, no vemos que las personas realicen una reducción en el esfuerzo laboral agregado, en cambio, si existe una reducción en los salarios nominales (inclusive si hubo una reducción en los precios) las personas se opondrán fervientemente a dicha reducción. Esto significa que al menos en algún tramo la demanda y oferta de trabajo depende de los salarios nominales y no de los salarios reales.

La segunda crítica Keynes dice que es una cuestión más fundamental. Consiste básicamente en no aceptar que el salario real pueda ser determinado a través de la negociación entre empresarios y obreros. Pero no porque la negociación individual no pueda darse, de hecho se da, pero a nivel agregado, no hay forma –según Keynes– de poder hacer coincidir el nivel general de salarios con el nivel de desutilidad generada por el nivel de desocupación existente. Esto para Keynes simplemente no se puede. Creo que lo que afirma Keynes aquí es que la Ley de Say, no es una ley, o que por lo menos no se cumple. Si no hay forma de hacer coincidir la desutilidad agregada que produce el trabajo con un salario real que compense esta desutilidad, lo que quiere decir, es que la oferta (en una persona individual su oferta es la producción que vende a un empresario) no genera necesariamente su propia demanda. De esta manera, lo que propone Keynes es que la oferta puede no coincidir con la demanda. Esto porque el precio no es flexible 100% (los salarios) y porque no es representativo en todo caso.

4 John Maynard Keynes, *The General Theory of employment interest, and money* (New York: Prometheus Book, 1936), p. 6

5 *Ibid.*, p. 15 Keynes se refiere a wage-goods a bienes para asalariados.

Por lo tanto, los mercados pueden estar desequilibrados por tiempos prolongados y el desempleo involuntario existe. Así esta nueva categoría se uniría al desempleo voluntario y friccional.

La razón fundamental que expone Keynes para afirmar que la demanda y oferta de trabajo en algún rango depende del salario nominal es que los trabajadores defienden el salario real relativo y no absoluto. Es decir, si existe una reducción de salarios en una industria específica lo que sucederá es que los salarios reales relativos de esas personas se reducirán, en cambio cuando existe una reducción general debido a un aumento general del nivel de precios, entonces los salarios relativos permanecerán de manera similar. Según Keynes lo que defienden los grupos de trabajadores son los salarios relativos.

Entonces vemos, que según Keynes las bases para la negación del desempleo involuntario simplemente son incapaces de sostenerlo. Es decir, lo que trata de negar Keynes es la idea de que al nivel general de salarios reales la desocupación existente es voluntaria, debido a que existe un acuerdo tácito entre los trabajadores a no trabajar por menos (lo que normalmente se dice "el mercado prohibió pagar menos), si los trabajadores estuvieran de acuerdo a trabajar por menos entonces el nivel agregado de empleo aumentaría. Entonces, al existir un aumento en los precios de los bienes para los asalariados, entonces podríamos decir, que de manera tácita, los trabajadores están aceptando una reducción en los salarios reales, pero no existe un aumento en la cantidad demandada de trabajo, esto porque la demanda y oferta de trabajadores depende de salarios nominales y no reales. Sumado a esto, la idea keynesiana que no hay forma de hacer coincidir globalmente los salarios nominales agregados (es decir, un equivalente de los artículos que se pueden comprar) con la desutilidad del trabajo, da como resultado desempleo involuntario.

La crítica de Keynes hasta aquí puede ser medianamente aceptable. Es decir, en términos prácticos puede ser que los trabajadores acepten reducciones en los salarios reales a través de un aumento en el sistema general de precios, pero que se nieguen a una reducción en los salarios en términos nominales directos debido a que de alguna manera a esto sí se pueden oponer.

Esta es la crítica subyacente de Keynes a los postulados básicos de la economía clásica. Falta ver su aplicación a los ciclos económicos.

Para explicar las causas del ciclo económico Keynes explica la dinámica del ciclo, es decir el devenir del auge a la depresión. La economía pasa de auges a depresiones durante periodos más o menos estables inevitablemente dadas condiciones de *laissez-faire*<sup>6</sup>. Si es inevitable pasar de los auges a las crisis ¿qué es lo que conduce a un auge? El auge según Keynes está basado en condiciones de capital existente donde su eficiencia marginal es alta como para cubrir los costos corrientes y los costos de oportunidad (tasa de interés  $r$ ), y sobre todo un excesivo optimismo sobre el futuro rendimiento de los bienes de capital. Esta misma eficiencia marginal del capital lleva a los agentes económicos a continuar con un proceso de inversión sobre los bienes de capital durable. Esta actitud de los agentes económicos tiene básicamente dos consecuencias: Primero, ir disminuyendo marginalmente la eficiencia del capital. Segundo, promover una subida en la tasa de interés dado que el nivel de escasez relativa entre ahorro e inversión está cambiando. Los agentes económicos deberían de contrastar la eficiencia real del capital con la esperada para realizar esta inversión. Pero según Keynes los agentes económicos (los empresarios) no lo hacen. Se encuentra la economía en un periodo de expectativas falsas<sup>7</sup>, Keynes afirma que cuando el rendimiento real del capital sería de 2% las personas realizan inversiones esperando un 6%. De esta forma

6 J. M. Keynes *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*. (México D.F.: Fondo de la Cultura Económica, 1943), p. 285.

7 Las altas expectativas llevan hacia una sobreproducción, esta sobreproducción llevaría a un exceso de oferta. Este exceso de oferta se explica por los precios inflexibles de la teoría keynesiana. La teoría keynesiana afirmaba este tipo de precios debido a los contratos a largo plazo. Es decir al corto plazo los precios son bastante inflexibles.

existe lo único que según él se puede llamar sobre inversión<sup>8, 9</sup>: invertir en algún bien durable con expectativas falsas sobre su rendimiento. De esta forma no es raro encontrar un posterior desencanto. Cuando los rendimientos descienden o dejan de crecer con relación a los anteriores (por el incremento de los bienes durables) el desencanto se apodera de los mercados. Es decir las expectativas se vienen al suelo por una caída en la eficiencia marginal del capital debido al aumento en el stock del mismo. Aunque una disminución marginal de la eficiencia del capital no tendría porqué llevar a un pesimismo tan grande, pero sucede porque los agentes económicos no se toman la molestia de hacer una estimación razonable de los rendimientos de los bienes de capital. Keynes cree que la opinión de algunos cuantos empresarios sobre el futuro rendimiento del capital se extiende y se hace general en el mercado sin bases sólidas. Al respecto dice:

*“Es propio de los mercados de inversión organizados que, cuando el desencanto se eierue sobre uno demasiado optimista y con demanda sobrecargada, se derrumben con fuerza violenta, y aun catastrófica, bajo la influencia de los compradores altamente ignorantes de lo que compran y de los especuladores, que están más interesados en las previsiones acerca del próximo desplazamiento de la opinión del mercado, que en una estimación razonable del futuro rendimiento de los bienes de capital.”*<sup>10</sup>

Después del colapso de la eficiencia marginal del capital cae sobre el mercado lo que Keynes llama *el error de pesimismo*. Ahora si el rendimiento real del capital fuera de 2% se cree que no existe tal rendimiento o que simplemente es negativo. De esta forma la desconfianza se extendería por toda la economía y así resucitar la eficiencia marginal del capital no es un trabajo sencillo. Pues hay que devolver sobre todo la confianza en las inversiones.

En resumen las causas de que del auge se pase a una depresión son: Primero una tasa de interés demasiado alta para la ocupación plena. Segundo expectativas irreales sobre los niveles reales del rendimiento del capital. Keynes se refiere a esto de la siguiente forma:

*“El auge es una situación tal que el exceso de optimismo triunfa sobre una tasa de interés que mirada en frío parece ser excesivo”.*<sup>11</sup>

De esta forma Keynes nos empieza a sugerir varias cosas importantes. Primero la tasa de interés de mercado puede no ser la óptima para el punto de pleno empleo. Segundo que el mercado con sus tendencias puede hacer que las inversiones decaigan a cero. Se pasa después del colapso de la eficiencia marginal del capital a la depresión y la crisis, en parte por las expectativas y confianza<sup>12</sup> perdida de las personas en los procesos productivos.

8 Las falsas expectativas llevan hacia una sobreproducción, esta sobreproducción llevaría a un exceso de oferta. Este exceso de oferta se explica por los precios inflexibles de la teoría keynesiana. Una explicación alternativa a esto es la existencia de contratos a largo plazo.

9 Keynes considera la sobreinversión aquellas inversiones que se harían en el último estado de las cosas, es decir aquellas inversiones después del punto de pleno empleo. Estas inversiones sólo vendrían a ser un puro desperdicio. En último caso Keynes acepta que podría llamarse sobre inversión aquella inversión en donde las expectativas están condenadas a no cumplirse.

10 Keynes, *op cit.*, p. 281. Keynes muestra aquí su supuesto básico: El mercado no funciona porque los agentes económicos se dejan llevar por él y no por una estimación razonable de la realidad. Es decir Keynes asume que los individuos son irracionales. Dice Keynes: “He mostrado antes que, aunque el inversionista privado rara vez es responsable directamente de las nuevas inversiones, sin embargo, los empresarios, que sí lo son, encontrarán financieramente ventajoso y con frecuencia inevitable, dejarse atrapar por las ideas del mercado aunque individualmente estén mejor informados”.

11 Keynes, *op cit.*, p. 285

12 La pérdida de la confianza en los procesos productivos es clave. Al decaer la confianza decae la demanda agregada, apoyada por un efecto sustitución provocado por la subida en la tasa de interés. Debido a que Keynes supone esto de un estado de exceso de oferta, la oferta agregada depende de la demanda agregada, al decaer la demanda agregada decae la producción y el nivel de empleo. Hasta que la demanda agregada vuelve a subir entonces la oferta agregada aumenta. Por esto Keynes aconseja estimular la demanda de consumo por medio de un aumento en el gasto público, esto debido a que el multiplicador en la oferta provocado por un aumento en la demanda mayor que uno. Así el aumento en el gasto público no puede ser inflacionario.

Keynes sugería que venía a agravar la crisis que los mercados accionarios dependieran de la eficiencia marginal del capital. Keynes menciona que una caída en la eficiencia del capital trae consigo una caída en la bolsa de valores. De esta forma se afecta la propensión a consumir, porque entraña una considerable caída en el valor de mercado de una cartera. Agrega que este cambio en el valor de sus carteras influye más que si sus ingresos variaran. Es decir Keynes sugiere aquí un efecto riqueza negativo en los tenedores de acciones. Dado que el factor más influyente en los hábitos de compra es el stock de capital (la riqueza acumulada) más que los flujos de efectivo temporales, una caída en la eficiencia marginal del capital llevará a las personas a reducir su consumo. Y esto agravará la confianza de las personas sobre la inversión. Debido al efecto multiplicador negativo que tiene cualquier reducción en la demanda agregada (Inversión, consumo y gasto público) esto viene a agravar aún más la producción y el empleo agregado.

## 2. La duración del ciclo económico

El tiempo es un factor importante en la caracterización de los ciclos económicos. Para Keynes la duración del ciclo no es fortuita. No dura una vez dos años y otra diez. Mas bien tiene una regularidad que podría ser entre tres y cinco años.<sup>13</sup> Keynes explica que el componente tiempo en el ciclo tiene dos elementos importantes, primero la vida de los bienes durables en los cuales se invirtió durante la crisis. Segundo los costos de almacenamiento de las mercancías excedentes. Aquí sólo analizaremos el componente que a los bienes de capital se refiere.

Durante el auge se invirtió en general en bienes de capital, lo que hizo que la eficiencia marginal del capital disminuyera a medida que el stock aumentaba. La solución para sacar de la crisis a la economía es la vuelta al optimismo y como lo que llevó al desencanto fue un colapso en la eficiencia marginal del

capital, un aumento en la misma logrará devolver el optimismo al mercado. Así provocar un cambio autónomo en la demanda agregada y el efecto multiplicador en la producción y empleo agregado se encargarán del resto<sup>14</sup>. Lo necesario para que la eficiencia marginal del capital se sobreponga es una escasez de capital. Para que esto sucediera inmediatamente tendría que eliminarse el capital existente, lo cual es imposible hacerlo inmediatamente. La forma en que el capital se va destruyendo y así cambiando su escasez relativa es por medio del uso del mismo (depreciación real), o porque queda discontinuado dado un cambio de tecnología. Keynes lo expresa así:

*“Pero el intervalo de tiempo que habrá de pasar antes de que la contracción del capital por el uso, la decadencia y la obsolescencia ocasione una escasez lo bastante obvia para aumentar la eficiencia marginal, puede ser una función relativamente estable del promedio de duración del capital en una época dada”*<sup>15</sup>

Keynes nos dice que la duración del ciclo económico dependerá de la duración de los bienes de capital de una época. Es decir, la eficiencia marginal del capital sólo volverá a incrementarse cuando su escasez relativa aumente. La única forma de lograr esto es la contracción del stock actual de capital de una época. Esto sólo sucede por medio de su desgaste (depreciación real), su obsolescencia o su decaimiento. En mercados altamente tecnológicos la obsolescencia será un factor muy importante, pero en otros mercados la variable que domine puede ser la depreciación real. Este proceso puede volverse más lento si tomamos en cuenta que una caída en la eficiencia marginal del capital lleva a una caída en el mercado accionario y que esto a su vez representaba un efecto negativo en la propensión a consumir. De esta manera el uso de los bienes de capital puede ser mucho menor que antes de la crisis y así reducirse el nivel de depreciación real. Este enunciado sobre la duración del ciclo económico

13 *Ibid.*, p. 282.

14 Para obtener este tiempo Keynes sugería un cambio autónomo en la demanda por medio del incremento en el gasto público. Dadas las condiciones descritas por Keynes (exceso de oferta y precios inflexibles) la función de demanda es una cuasi función de oferta. Por lo tanto un incremento en la demanda agregada llevará a un efecto multiplicador en la oferta agregada con su correspondiente aumento en la ocupación.

15 *Ibid.*, p. 283.

puede ser a mi entender válido. Dada una población creciente a niveles cada vez más bajos de stock de capital provocarán un aumento en su desempeño marginal. De esta forma el ciclo puede durar aproximadamente lo que el capital tarde en tornarse escaso otra vez.

### 3. La solución keynesiana

Keynes hace referencia a las posibles soluciones propuestas antes de su teoría. Había quienes explicaban que no había otra solución más que evitar el auge. ¿Cuál sería la forma de hacerlo?, simplemente una tasa de interés más alta. De esta forma se evitaría la expansión del auge y el inevitable paso hacia la depresión. Según Keynes esto sería aún más desastroso que si permitiéramos continuar el auge. En palabras de Keynes:

*“Así, un aumento en dicha tasa, como alivio para el estado de cosas derivado de un prolongado periodo de inversiones anormalmente fuertes, pertenece a esa clase de remedios que curan la enfermedad matando al paciente”*<sup>16</sup>

Esta consideración estaba basada en que una alta tasa de interés desanimaría no sólo las inversiones que podrían ser innecesarias, es decir, aquellas que están basadas en expectativas condenadas a no cumplirse sino también aquellas que realmente serían rentables. Además una tasa alta de interés provocaría un efecto negativo en la propensión a consumir<sup>17</sup> que podría llevar a un decaimiento en la demanda agregada con sus respectivos efectos sobre el empleo y producción.

Keynes lo expresaba así:

*“... el remedio no estaría en imponer de súbito una alta tasa de interés, que probablemente disuadiría algunas inversiones útiles y podría afectar aún más la propensión a consumir...”*<sup>18</sup>

La solución ¿es acaso no evitar el auge y después sacar rápidamente a la economía de la depresión?, no. El mismo Keynes lo reconoce, una vez colapsada la eficiencia marginal del capital no es sencillo recuperarla. Y aunque una baja tasa de interés será condición necesaria para lograr sacar de la crisis a la economía no es la única. Porque según Keynes además de que la inversión tiene que volver a parecer rentable tiene que resucitarse la confianza en la psicología de los negocios y esto no sería tan fácil. Así Keynes llega a la siguiente conclusión:

*“Así ¡el remedio del auge no es una tasa más alta de interés, sino una más baja! Porque esta puede hacer que perdure el llamado auge. El remedio correcto para el ciclo económico no puede encontrarse en evitar los auges y conservarnos así en semi-depresiones, sino en evitar las depresiones y conservarnos en un cuasi-auge continuo”*<sup>19</sup>

La forma en que la tasa de interés debe permanecer baja es por medio de la monetización, es decir por medio de un crecimiento en la masa monetaria. Para Keynes este gasto no sería inflacionario debido a que la economía se encartaría lejos del punto de pleno empleo, de esta forma el aumento en el gasto público tendría un efecto multiplicador que permitiría a la economía a aprovechar los recursos que se encontraban ociosos.

### 4. La teoría austriaca de los ciclos económicos

La teoría austriaca fiel a sus orígenes filosóficos de deducción basa su análisis en las premisas de la acción humana. La teoría austriaca del ciclo tiene sus inicios en *Principles of Economics* de Carl Menger. El aporte continuo con Eugene von Bhom Bawerk y subsecuentemente con von Mises y von Hayek. En este momento pretendo únicamente realizar una

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.287.

<sup>17</sup> El mecanismo de transmisión del efecto negativo sobre el consumo dada una alza en la tasa de interés es el siguiente: Es un efecto sustitución intertemporal entre ocio presente y futuro. Es decir al aumentar la tasa de interés se hace más barato el consumo mañana si es que se ahorra hoy. Es decir el ocio mañana se hace más barato de lo que era por lo que yo entendería que habría otro efecto sustitución que llevaría a ofrecer mayor esfuerzo laboral en el presente. Se reduce el consumo y aumenta el esfuerzo laboral agregado. La subida en la tasa de interés también provoca que el deseo de inversión se reduzca debido a que dada una productividad marginal del capital la única forma de volver a igualar el rendimiento con la tasa de interés real es una reducción en la demanda por inversión (aquí un desequilibrio que provoca desempleo). Por lo tanto el efecto en la demanda agregada es negativo. Decae por la reducción en la demanda de consumo y por la reducción de la demanda de inversión. De esta forma vendría a agravar la confianza en los procesos productivos por lo que podría agravar la crisis.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.285.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p.286.

breve descripción de su teoría del ciclo económico para luego poder contestarnos a la pregunta original, es Keynes un revolucionario y la economía austriaca ortodoxa a los clásicos.

La economía austriaca se basa en que los individuos toman decisiones con información imperfecta, pero real. Es decir el mercado es principalmente un mecanismo de información imperfecta, pero en ausencia de intervención refleja la realidad de una forma bastante aceptable. La tasa de interés para los austriacos representa un precio de preferencias intertemporales, específicamente representa la preferencia temporal de las personas por el consumo futuro frente al consumo presente. Es decir, para ellos una tasa de interés baja representa una sociedad orientada hacia el futuro porque pone a disposición una cantidad grande de recursos. En cambio una tasa de interés alta representa lo contrario, una sociedad orientada hacia el presente. Esta escuela realiza una distinción entre dos tasas: primero la tasa natural de interés que es la que refleja exactamente las preferencias intertemporales de las personas. Segundo la tasa de interés del dinero, esta es la tasa que se ve influenciada por la cantidad de dinero existente.<sup>20</sup> La tasa de interés del dinero puede diferir de la tasa de interés natural en el corto plazo, pero en el largo plazo tenderá a ser igual a la tasa de interés natural.

Cuando la autoridad monetaria interviene en el mercado distorsiona y más aún falsifica la tasa de interés. Lo que la autoridad monetaria hace es hacer llegar información incorrecta a los agentes económicos. De esta forma ahora ciertos negocios parecen ser rentables aunque a la tasa de interés natural no lo son. Veamos cómo realiza esto la autoridad monetaria. Mises lo explica de esta manera:

“In issuing fiduciary media, by which I mean bank notes without gold banking or current accounts which are not entirely backed by gold reserves, the banks are in position to expand credit considerably. The creation of these additional fiduciary media permits them to extend credit well beyond the limit set

by their own assets and by the funds entrusted to them by the clients”<sup>21</sup>.

Este es el origen de la falsificación. Mises nos comenta esto sobre la *creación* de dinero que puede generar un banco comercial con reservas fraccionarias. Pero el caso general, es el generado por los bancos estatales. Normalmente se puede considerar la *creación* de dinero a través de los bancos comerciales como un hecho que representa la respuesta de la oferta de dinero a través de la oferta del mismo (intención de comprar o producir bienes). Veamos cómo continúa:

“They intervene on the market in this case as *suppliers* of additional credit, created by themselves, and they thus produce a lowering of the rate of interest, which falls below the level at which it would have been without their intervention”<sup>22</sup>.

Así es como se falsifica la tasa de interés, ahora veamos los resultados:

“The lowering of the rate of interest stimulates economic activity. Projects which would not have been profitable if the rate of interest had not been influenced by the manipulations of the banks, and which, therefore would not have been undertaken, are nevertheless found profitable and can be initiated. The prices of the means of production and the wages of labor rise, and the increase in wages leads, in turn, to an increase in wages leads, in turn to an increase in prices of consumption goods”<sup>23</sup>.

Aquí Mises nos está explicando la fase del boom del ciclo económico. Pero, ¿por qué según Mises, no termina esta situación dado que no es real?

“If the banks were to refrain from any further extension of credit and limited themselves to what they had already done, the boom would rapidly halt. But the banks do not deflect from their course of action; they continue to expand credit on a larger and larger scale, and prices and wages correspondingly continue to rise”<sup>24</sup>.

20 Habrá que recordar que la demanda de dinero se ve influenciada por la tasa de interés nominal y no la real. Esto porque el costo de oportunidad de mantener saldos monetarios es exactamente R la tasa nominal. De esta forma la tasa de interés R dependerá de la escasez de los recursos monetarios más que de las preferencias intertemporales de las personas en el corto plazo, a diferencia de r la tasa real.

21 Ludwig Von Mises, *The Austrian theory of the trade cycle* (Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 1996) p.28

22 Ibid

23 Ibid.

24 Ibid p, 29

Digamos entonces que si la economía pudiera continuar indefinidamente con este asunto de la emisión continua de los medios de pago para continuar en un auge, no se explicaría la depresión y el ciclo económico. Podríamos decir que Keynes estaba en lo correcto. Es decir, para Keynes la crisis llega por una disminución en el consumo, y por lo tanto (dado que la oferta es una función de la demanda agregada en el modelo keynesiano) entonces es cuando inicia la parte baja del ciclo. Entonces para Keynes el inicio de la parte baja del ciclo se da por falta de intervención del Estado. Si el estado continuara emitiendo dinero y manteniendo la tasa de interés baja la economía continuaría en un auge. Recordemos que la propuesta keynesiana consistía en mantener a la economía en un semi auge continuo.

Veamos entonces la explicación austriaca de la crisis:

"This upward movement could not, however, continue indefinitely. The material means of production and the labor available have not increased; all that has increased is the quantity of the fiduciary media which can play the same role as money in the circulation goods. The means of production and labor which have been diverted to the new enterprises have had taken away from other enterprises. Society is not sufficiently rich to permit the creation of new enterprises without taking anything away from other enterprises. As long as the expansion of credit is continued this will not be noticed, but this extension cannot be pushed indefinitely"<sup>25</sup>.

En qué consiste la crisis para la teoría austriaca, sencillo, consiste en la reasignación de capital mal invertido. Es decir, la economía no es lo suficientemente rica como para poder costear la puesta en marcha de muchos proyectos que al tener una tasa de interés artificialmente baja pareciera ser que la sociedad ha llegado al nivel de riqueza necesario para soportar ese proyecto. Así entonces la crisis es la fase donde se reestructura el capital de una sociedad y además se reajusta toda la economía a la existencia real de capital y riqueza. El dinero, como lo habría dicho Adam Smith no es riqueza, ni provoca riqueza,

es únicamente un medio de intercambio. La duración de la crisis será el tiempo necesario de reasignar el capital a actividades productivas al nivel de riqueza de la sociedad, así como reasignar los salarios a los niveles reales de la economía. Veamos qué dice Mises al respecto:

"Another factor which is helping to prolong the present period of depression is the rigidity of wages. Wages increase in periods of expansions. In periods of contraction they ought to fall, not only, in money terms, but in real terms as well. By successfully preventing the lowering of wages during a period of depression, the policy of the trade unions make unemployment a massive and persistent phenomenon. Moreover, this policy postpones the recovery indefinitely. A normal situation cannot return until prices and wages adapt themselves to the quantity of money in circulation"<sup>26</sup>.

Antes de regresar a explicar esta cita pasemos a ver cuál es la razón que expone Mises para no poder utilizar la emisión y el semiauge keynesiano para evitar la crisis. La pregunta que surge es, pero si este auge durará hasta que los bancos (o banco central) detenga la emisión de dinero, ¿por qué detenerla? Mises responde:

"The boom brought about by the banks policy of extending credit must necessarily end sooner or later. Unless they are willing to let their policy completely destroy the monetary and credit system, the banks themselves must cut it short before the catastrophe occurs. The longer the period of credit expansion and the longer the banks delay in changing their policy, the worse will be the consequences of the malinvestments and of the inordinate speculation characterising the boom; and as result the longer will be the period of depression and the more uncertain the date of recovery and return to normal economic activity"<sup>27</sup>.

Con las citas anteriores podemos realizar una breve comparación con los puntos de Keynes. Aquí encontramos el origen de la sobre inversión y la mala inversión. La sobre inversión es seguir invirtiendo

25 Ibid.

26 Ibid, p.33.

27 Ibid, p.34.

hasta después que la productividad marginal del capital es inferior a la tasa de interés natural. La mala inversión es iniciar negocios donde la tasa natural de interés es superior a la eficiencia marginal de capital desde el principio<sup>28</sup>. De esta forma ya encontramos un paralelo con Keynes. Para los austríacos la sobre inversión y la mala inversión son cualquier inversión que las personas no desean en ese momento y sobre todo más importante aún, aquellas inversiones que la economía no puede costear al nivel de riqueza real existente en un momento determinado. Keynes considera que esos términos sólo tendrían sentido a usarse en el último estado de las cosas, es decir en un punto donde cualquier inversión fuera desperdicio neto. Para los austríacos es distinto, estas actividades aun pueden tener alguna eficiencia marginal positiva, pero esto no es deseado por la gente en ese momento, ni soportado por la riqueza de la economía, es decir, dado el nivel existente de riqueza, las prioridades de la sociedad es otro, habría que sacrificar ciertas cuestiones que la sociedad en su conjunto consideran más valiosas o necesarias.

El motivo de pasar de un auge a una depresión no es otro que la quiebra de las empresas que invirtieron en los bienes de capital no deseados dadas las reales expectativas de la sociedad. La depresión se caracteriza por una baja en la producción, en la renta, el consumo y la ocupación. El proceso de reestructuración y liquidación de capital se lleva a cabo. La tasa de interés empieza a subir paulatinamente<sup>29</sup> hasta volver a mostrar la real preferencia intertemporal de la sociedad.

En conclusión los austríacos sitúan el origen del ciclo económico no en falsas expectativas creadas por el mercado y desequilibrio entre la cantidad ofrecida de trabajo y la capacidad de adaptarlo al nivel de

satisfacción (salario real) con la desutilidad general generada por el mismo, como Keynes sugería. Sino más bien de las malas decisiones que toman los agentes económicos al tener que tomar decisiones con información distorsionada, es decir con una tasa de interés falsificada. En otras palabras lo que sugiere la economía austriaca es que la economía tiene una existencia real, es decir, el status ontológico de la economía es material<sup>30</sup>.

La solución que se puede desprender de la escuela austriaca puede ser eliminar cualquier discrecionalidad del gobierno sobre la masa monetaria. De esta forma no habrá ninguna distorsión sobre los precios intertemporales y de esta forma no habrá errores sistematizados de los agentes económicos. Aquí vemos otra diferencia sustancial con la teoría keynesiana.

Bajo el supuesto de racionalidad que manejan los austríacos, los individuos toman la mejor decisión dada la información existente<sup>31</sup>. Según Keynes no es así, aunque los agentes económicos tengan información se dejarán llevar por las tendencias del mercado<sup>32</sup>.

Finalmente debo de contestar a la pregunta original ¿Revolución keynesiana y ortodoxia austriaca?

Keynes es considerado un revolucionario sobre todo por la puesta en duda de los postulados clásicos. Es decir, fue la primera vez que se presentaba una postura alternativa para el análisis además de la postura clásica. La crítica al postulado dos de los clásicos que finalmente viene a poner en duda la ley de Say es un cambio radical en la forma de pensar. Pero, viéndolo detenidamente, esa revolución keynesiana no se sus- tenta simplemente en otros supuestos diferentes de

28 No encuentro explícita esta relación de la sobre inversión y la mala inversión en los escritos de la escuela austriaca, pero me parece que eso es lo que sugieren.

29 El proceso mediante el cual la tasa de interés vuelve a buscar su paridad con la tasa natural se va dando mediante el pujan por los recursos de los nuevos inversionistas.

30 Lo que quiere decir es que el fundamento último de la economía es la riqueza creada, real, que no es otra más que el capital real creado, el dinero (al igual que los clásicos) no es más que un medio de intercambio pero no es riqueza por sí mismo.

31 Podría decirse que este supuesto tiene que ver directamente con la teoría de las expectativas racionales, que nos indica que los individuos van a utilizar la información disponible de manera relevante. De esta forma podemos esperar que existan errores aislados, pero no sistematizados. Keynes consideraba esto de manera distinta. Los agentes económicos se van a dejar llevar por las tendencias del mercado aún si tienen información relevante sobre los rendimientos reales. Los austríacos difieren. Sólo se cometerá un proceso sistematizado de errores si la información está falsificada.

32 La teoría de expectativas racionales viene de alguna manera a realizar una crítica a la explicación del ciclo austriaco. Es decir, la gente aprende, y si bien pasa una vez que es engañada con la falsificación de la tasa de interés, no cometerá el error sistemáticamente. Pasaría solo la primera vez, pero entonces se destruiría el sistema monetario y crediticio después de esa única vez.

la realidad, o como dice Keynes más realistas. Lo que realmente viene a revolucionar la economía desde una perspectiva del status ontológico de la economía es que Keynes viene a poner en duda lo que se había considerado desde siempre la existencia típica de la economía.

A ¿qué me refiero con esto?, es simple, cuando hablamos de status ontológico estamos hablando de la existencia de algo, luego, hay que definir qué tipo de existencia tiene ese algo. En nuestro caso la economía. Las existencias pueden ser muy diversas, por ejemplo, puede tener algo una existencia material, esta es tan simple que no hay necesidad de explicarla, algo puede tener una existencia ideal (puede ser el caso de un utopía, o de un postulado práctico improbable teóricamente, la idea del alma inmortal por ejemplo), puede tener también una existencia simbólica o significativa, el mejor ejemplo para este tipo de existencia es el lenguaje, el lenguaje es una red de significados que no guardan relación directa con el significado, la relación es arbitraria, los sueños, son otro ejemplo de este tipo de existencia<sup>33</sup>.

En fin, pero a lo que aquí vamos es que los austriacos son de alguna manera ortodoxos con los clásicos no por el hecho de coincidir con los supuestos generales. Por ejemplo, que los precios deben o son de alguna manera flexibles. Ambas escuelas sitúan el fundamento último de la actividad económica en una cuestión material. No me refiero a que la existencia tiene un fundamento material (como podría pensarse de Marx), sino que la economía tiene su sustento en actividades reales productivas que generan capital real y concreto, en otras palabras en la existencia de la riqueza generada y acumulada. Es por este último hecho que la expansión del crédito es incapaz de poder hacer más ricas a las personas. Es decir, el dinero es un medio de intercambio, pero aunque la gente crea que es más rica, simplemente es una ilusión, debido a que la economía es incapaz de generar de la noche a la mañana ese nuevo nivel de riqueza sin apoyos en cambios en la producción y la productividad. Para Keynes es diferente, dado que las economías se encuentran en desequilibrio debido a que los precios no son tan flexibles (la crítica del

postulado 2) es fácil hacer creer a la gente que es más rica produciendo dinero, dado esto, las personas producen un aumento en la demanda de consumo, y como en el modelo keynesiano es la función de la demanda agregada en el fondo una función de producción, la gente en verdad se vuelve más rica. Es decir, todo gracias a un efecto real, o imaginario. Por ejemplo, la famosa frase de que si el gobierno no tiene en qué emplear a la gente puede ponerla a hacer hoyos y tavarlos esto quiere decir, que en realidad, la riqueza de una sociedad no depende necesariamente de la productividad y producción sino en buena medida de la imaginación de la gente. Es decir, la actividad económica para Keynes (la producción, por ejemplo) no tiene verdaderos límites, como lo han hecho ver las escuelas clásicas y austriacas. En cambio en vez de tener esa atadura real del capital, la atadura "es imaginaria" pensando que en ese momento dada las condiciones de capital no puede realizarse, si se piensa que se tiene de hecho se hace, según la teoría del semiauge keynesiano. Por lo tanto, lo que Keynes está negando de manera inconsciente es la escasez. La escasez es el freno real de la economía, lo que Keynes propone es eliminar esa atadura "imaginaria" de la escasez, porque, en última instancia la economía puede ser sueño, así como Calderón de la Barca decía: *La vida es sueño...*

Es cierto que el modelo keynesiano presenta múltiples cuestionamientos, pero también es cierto que hay que reconocer que hasta hoy, es el único que se ha atrevido a realizar este reto al status ontológico generalmente aceptado por la economía. Es decir, aunque en muchos aspectos pudiera estar equivocado Keynes, debe de reconocerse, que la economía, como muchas otras cosas de la vida del hombre tienen una existencia no fundamentada en última instancia en la realidad de la escasez de las cuestiones materiales. En otras palabras, esto abre la puerta para el análisis de la economía a través de los órdenes simbólicos, por lo tanto, abre también la puerta a la no universalidad de la economía y a que puede tener muchas formas diversas de existencia.

Por otro lado la economía austriaca es muy ortodoxa, y digámoslo de esta manera, es una economía realista,

33 Al menos en el psicoanálisis pueden catalogarse de esa manera. Este tema necesita un paper por aparte dedicado a dilucidar no el real status ontológico de la economía, quizá eso sería ingenuo, sino más bien, qué tipo de status ontológico le otorga cada escuela a la economía.

pero que puede dejar olvidado, que la realidad existe en la mente del hombre únicamente de manera interpretada (empiezo a pensar en Kant primero, y luego en Husserl).

Entonces una indagación a través de los órdenes simbólicos permiten eso, comprender mejor la economía, porque como diría Mises, la economía es acción humana, y el ser humano actúa no sólo por realidades, actúa por postulados prácticos, por ideales, por símbolos... La economía debe de introducir dentro de sí misma este tipo de análisis para poder

tener una mejor comprensión, y en última instancia, sólo en última instancia, poder promover mejores postulados prácticos que permitan en última instancia generar una mejor vida para todos. Una vida digna de ser vivida, dirían los filósofos griegos de la antigüedad.

Entonces vemos que la economía austriaca es ortodoxa, pero que la economía keynesiana es revolucionaria, al retar el status ontológico de la economía.

“NUNCA LLEGA TAN ALTO EL HOMBRE COMO CUANDO NO  
SABE A DÓNDE VA.”

(Oliver Cromwell)

Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de diciembre de 2003. La edición consta de 700 ejemplares en papel cuché mate.







AÑO XIII - No. 22  
Diciembre 2003  
Primera época  
ISSN 1562-2576