

## PROPIEDAD, DERECHO Y ECONOMÍA: UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL<sup>1</sup>

Juan Pablo Gramajo Castro

La disciplina del análisis económico del Derecho y, dentro de ella, el enfoque denominado *property rights*, plantean una diversidad de interrogantes, oportunidades, y problemas, a la teoría y práctica del Derecho en la actualidad. De entre ellas, no pocas tienen su origen en el reto que implica el traslado de nociones y metodologías entre una ciencia y otra –la economía y el Derecho–, y de un ambiente jurídico a otro –el Derecho anglosajón y el de tradición continental–.

Entre las interrogantes y problemas aludidos, hemos querido enfocar el presente trabajo de investigación en lo que planteamos así: ***¿Es la noción de derecho de propiedad que utiliza el enfoque property rights un obstáculo para su comprensión e implementación en el medio jurídico guatemalteco?*** Ello con el fin de localizar la discusión en nuestro ámbito –el Derecho–, en nuestro medio –Guatemala–, con énfasis en nuestra disciplina –la propiedad intelectual–.

Llegamos a definir el problema que en el presente estudio nos proponemos abordar, mediante la previa consideración de que el *property rights approach* es una metodología propia del análisis económico del Derecho, disciplina que puede adoptar una vertiente positiva y una normativa, según busque limitarse a describir el *ser* de la realidad jurídica o bien proporcionar directrices sobre el *deber ser* de la misma, respectivamente, todo con base en la aplicación de herramientas propias de la ciencia económica al estudio del fenómeno jurídico. De ahí que este enfoque sea importante en la moderna ciencia del Derecho.

Sin embargo, puesto que el enfoque surge en la ciencia económica aplicada al derecho anglosajón, el mismo presenta ciertas diferencias de no poca importancia respecto a la forma en que la ciencia jurídica de extracción continental (romano-canónica) considera el derecho de propiedad: primero, porque la propiedad no es considerada en igual manera por la economía que por el Derecho; segundo, porque la propiedad como derecho subjetivo tiene distintos matices en el pensamiento jurídico anglosajón y en el continental.

---

<sup>1</sup> Adaptación del trabajo original “La protección de la Propiedad Intelectual como *The Property Rights*”, presentado en el curso de Teoría General de la Propiedad Intelectual, de la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Instituto de Derecho Mercantil, el 5 de junio de 2009.

El problema, entonces, radica en que existe la posibilidad de que el *property rights approach* utilice un marco conceptual, un presupuesto teórico, que no se corresponda o ajuste a nuestro entorno jurídico (o a nuestro modo tradicional de entenderlo), de tal forma que una falta de claridad y distinción sobre dichos presupuestos, al momento de aplicar el *property rights approach* o adoptar sus posturas, pueda conducir a conclusiones menos cercanas a la realidad, cuando no del todo erróneas.

La hipótesis que se pretende sostener con el trabajo de investigación es que el *property rights approach* como herramienta analítica descansa sobre un concepto de derecho de propiedad que es distinto de la concepción jurídica del mismo tanto en el Derecho en general, como en el derecho guatemalteco en particular (entendiendo el derecho guatemalteco como inserto en la tradición jurídica continental o romano-canónica) pero que, no obstante ello, tal diferencia puede no ser inherente a una ciencia o un concepto, sino resultado simplemente de la noción que la mente humana, en su contacto con la realidad, se forma sobre la misma. En consecuencia, que es posible ofrecer explicaciones y teorizaciones alternativas, que permitan comprender mejor el *property rights approach* desde la perspectiva de la ciencia jurídica en nuestro medio.

La importancia de esta investigación, entonces, a nuestro entender se ubica en que pretende proveer al lector, al menos a nivel básico y elemental, de la necesaria flexibilidad conceptual, terminológica y analítica que se requiere para poder abordar un análisis interdisciplinario como lo es el análisis económico del Derecho, a fin de que una mejor comprensión del mismo nos conduzca a poder explotar adecuadamente los aportes y beneficios que pueda brindarnos hacia la comprensión del fenómeno jurídico, evitando que el uso indiscriminado y no aclarado de conceptos y términos equívocos conduzca a conclusiones erróneas o inútiles.

Así, el aporte del estudio consistiría precisamente en mostrar la posibilidad teórica y práctica de abrir nuestro entendimiento y aplicación de la legislación hacia concepciones innovadoras que permitan hacer de la vida jurídica nacional más dinámica, más reflejo de la realidad, en fin... más jurídica.

## MARCO TEÓRICO

### **Antecedentes**

Dentro de la corriente del análisis económico del Derecho, el principal antecedente en cuanto al *property rights approach* y la teoría de los derechos de propiedad lo constituye el trabajo *Some Economics of Property*

*Rights* del autor Armen Alchian, publicado en 1965 (aunque circulaba ya desde los años 50)<sup>2</sup>. Este mismo autor elaboró en 1973, junto a Harold Demsetz, *The Property Rights Paradigm*, y sintetizó sus propuestas en el breve escrito *Property Rights* para la *Concise Encyclopedia of Economics*, a la cual haremos referencia en el presente estudio<sup>3</sup>.

Otro antecedente que nos servirá de base es el capítulo *Introduction: The property rights model*, con que da inicio la obra *Economic analysis of property rights*, del autor Yoram Balzel<sup>4</sup>. Asimismo, en cuanto al tema de las teorías sobre la naturaleza de los derechos subjetivos y su relación con el modelo del análisis económico del Derecho, tenemos como antecedente las conferencias “El derecho de propiedad”<sup>5</sup> y “Conceptos de derecho de propiedad”<sup>6</sup>, del abogado y analista económico del Derecho Enrique Ghersi.

Como antecedente del análisis económico del Derecho enfocado concretamente a sistemas jurídicos latinoamericanos, hemos de referirnos a la obra “Derecho y análisis económico” del autor mexicano José Ramón Cossío Díaz. En cuanto al tema concreto del *property rights approach* enfocado a la propiedad intelectual en el derecho guatemalteco, podemos citar el trabajo “La protección de la propiedad intelectual como ‘the property right’ en la legislación guatemalteca”, de la autora María Liz Molina Barrios, alumna de una promoción anterior de esta maestría. Asimismo, la tesis intitulada “Análisis económico del Derecho desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual”, de Stephany Marie Illescas García (UFM, 2008)<sup>7</sup>.

### ***Property rights***

Según la autora Molina Barrios, el sistema de *property rights* “Consiste en un sistema de asignación de derechos de propiedad que para cumplir con el criterio de eficiencia debe reunir las características de universalidad, exclusividad y transferibilidad, sistema que requiere de un reconocimiento legal expreso, asegurando el movimiento de los recursos a los usos que reporten un mayor valor a través de la contratación y requiere la existencia de un sistema de exigibilidad”<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. Mackaay, Ejan. *History of Law and Economics*, en *The Encyclopedia of Law and Economics*. 0200, páginas 74 y 75. Versión en línea: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>.

<sup>3</sup> Cfr. Alchian, Armen A. *Property Rights*, en *The Concise Encyclopedia of Economics*. Versión en línea: <http://www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html>.

<sup>4</sup> Cfr. Balzel, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Páginas 1 a 12.

<sup>5</sup> Vídeo disponible en línea: [http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=El\\_derecho\\_de\\_propiedad](http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=El_derecho_de_propiedad).

<sup>6</sup> Vídeo disponible en línea:

[http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Conceptos\\_de\\_Derecho\\_de\\_propiedad](http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Conceptos_de_Derecho_de_propiedad).

<sup>7</sup> Versión en línea: <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4152.pdf>.

<sup>8</sup> Molina Barrios, María Liz. *La Protección de la Propiedad Intelectual como “The Property Right” en la Legislación Guatemalteca*. Páginas 9 y 10.

Sin embargo, a fin de cumplir con lo que nos hemos propuesto para este estudio, nosotros hemos de indagar sobre orígenes, presupuestos y antecedentes de la noción de *property rights*, a efecto de lo cual podemos partir del antecedente ya mencionado de Alchian. Junto a las obras de Ronald Coase y Guido Calabresi, la de Alchian se erigió como uno de los tres pilares fundamentales del movimiento del análisis económico del Derecho, tanto así que por su énfasis sobre los derechos de propiedad, dicha disciplina recibió originalmente el nombre de *property rights approach*, en el período que su historiador Ejan Mackaay denomina “el paradigma propuesto (1958-1973)”<sup>9</sup>. También Mackaay, escribiendo sobre las diversas escuelas que se han presentado en el análisis económico del Derecho, ubica el *property rights approach* dentro de lo que yo he denominado “escuelas menores o históricas”<sup>10</sup>, explicando que el *approach* ya no constituye una escuela separada, sino que sus propuestas han sido absorbidas por el análisis económico del Derecho propiamente dicho conforme a la primera unificación que de la disciplina hizo Richard Posner en su obra *Economic Analysis of Law*, de 1972<sup>11</sup>.

Para Alchian, un derecho de propiedad es la autoridad exclusiva de determinar cómo se usa un recurso. Las tres características de los derechos de propiedad privada son, según dicho autor<sup>12</sup>:

- Exclusividad de derechos para elegir el uso de un recurso.
- Exclusividad de derechos a los servicios de un recurso.
- Derechos de intercambiar un recurso en términos de mutuo acuerdo.

Alchian considera que las restricciones al derecho de enajenación, los controles de precios, y demás limitaciones del intercambio contractual constituyen una reducción del derecho de propiedad privada. Explica también que los derechos de propiedad privada no son absolutos, al efecto citando como ejemplo la limitación legal a especificar el uso de los recursos únicamente durante cierto tiempo después de la muerte del actual propietario. Para Alchian, los derechos de propiedad privada no sólo no entran en conflicto con los derechos humanos, sino que son en sí mismos derechos humanos, y aseguran la libertad individual.

Balzel, por su parte, expone que los derechos de propiedad de los individuos sobre bienes consisten en los derechos, o los poderes, de consumir, obtener ingresos de, y enajenar tales bienes. Balzel también

---

<sup>9</sup> Cfr. Mackaay. *Ob. Cit.* Páginas 74 y 75.

<sup>10</sup> Cfr. Gramajo Castro, Juan Pablo. *La Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico y su Perenne Actualidad*. Páginas 330ss.

<sup>11</sup> Cfr. Mackaay, Ejan. *Schools: General*, en *The Encyclopedia of Law and Economics*. 0500, páginas 410 y 411.

<sup>12</sup> Para toda esta parte, Cfr. Alchian. *Ob. Cit.*

hace referencia a algo que será de fundamental importancia para lo que discutiremos en el presente trabajo, cuando afirma que los derechos legales por lo general refuerzan los derechos económicos, pero que los primeros no son ni necesarios ni suficientes para la existencia de los segundos<sup>13</sup>. También Mackaay, tratando del *property rights approach*, aclara que el término *property rights structure* (que podemos traducir como estructura o sistema de derechos de propiedad) no se utiliza en su sentido legal, sino que por *property rights*, en su uso económico, se quiere decir ‘autoridad de decisión’, el poder fáctico de controlar el uso de un bien y de apropiarse de sus frutos. Es decir, afirma que en el sentido económico los derechos de propiedad son un término descriptivo, más general que ‘derecho de propiedad’ (“*right of ownership*”, según el citado autor). Como ejemplo, cita el uso del posesivo al hablar de “mi oficina”, “mi secretaria”, o cuando una mara habla de “su territorio”: se está haciendo referencia al sentido económico de los *property rights*, y desde luego que no al sentido jurídico, pues la oficina puede no ser “mía” sino tenerla en arrendamiento, la secretaria desde luego que no es objeto del derecho legal de propiedad, y la mara no es propietaria en sentido jurídico del territorio que de facto controla. Por eso dice Mackaay, en concordancia con lo que expresa Balzel, que el uso del término *property rights* en el *property rights approach* ha creado confusión con el sentido jurídico o legal del mismo<sup>14</sup>.

Enrique Gherzi ha dicho que “después de 20 años de ser profesor de Análisis Económico del Derecho, he llegado a la conclusión que el concepto derecho de propiedad es bastante más ambiguo y complejo de lo que en general aceptamos o entendemos. El término derecho de propiedad no significa lo mismo. En las grandes familias del Derecho civil: el *common law* o el Derecho romano-germánico, al que pertenecen Guatemala y el Perú. Lo que es más importante y, generalmente, menos advertido, es que, aún dentro de la familia y la tradición jurídica del Derecho romano-germánico, es decir de nuestra tradición jurídica, el concepto derecho de propiedad tampoco significa lo mismo. (...) Quienes estamos acostumbrados al uso de la metodología económica en el Derecho, utilizamos, o estamos familiarizados, con la utilización del término inglés *property rights* y lo traducimos, inclusive desaprensivamente, como derecho de propiedad o los más prolijos, en plural, como derechos de propiedad. Utilizamos como sinónimos, en una función sinonímica, *property rights*, derechos de propiedad, derecho de propiedad, cuando en realidad se trata de conceptos completamente distintos. Esto nos lleva a una permanente confusión en la discusión académica universitaria y en la discusión política”<sup>15</sup>. Gherzi llega a afirmar que “La noción *property rights*, que utilizamos en el curso Análisis Económico del Derecho y que pueden leer en textos como *Análisis económico del derecho* de Richard Posner, o en *los Manuales* de Cutter y Allen, a veces ni es traducida en los textos de teoría

---

<sup>13</sup> Cfr. Balzel. *Ob. Cit.* Página 2.

<sup>14</sup> Cfr. Mackaay. *Schools: General*. Página 411.

<sup>15</sup> Gherzi. *El derecho de propiedad*.

Transcripción disponible en: [http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=El\\_derecho\\_de\\_propiedad](http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=El_derecho_de_propiedad).

económica del derecho sino que la ponen literalmente *property rights*, o en plural derechos de propiedad, no significa derecho de propiedad en nuestro sentido; significa derecho de propiedad en sentido monista realista, es decir, no solo derechos reales, también derechos personales; no sólo tu casa, tu ropa, tu perro, tu pelota sino también tus contratos, tus obligaciones, la totalidad de las titularidades que como individuo te corresponden”<sup>16</sup>.

En virtud de lo anterior, podemos establecer que el sistema de *property rights* es propiamente una noción económica en que se hace énfasis y referencia sobre el poder fáctico o autoridad de usar, disfrutar y disponer de un bien o recurso, con un sentido descriptivo y no normativo, que resulta más amplio que el “derecho de propiedad” en sentido legal o jurídico, toda vez que por bien o recurso se entiende no solamente los que son por ley considerados bienes objeto de propiedad (“derechos reales”), sino también los que la ciencia jurídica tradicionalmente denomina “derechos personales”. En consecuencia, se advierte que un análisis sobre la propiedad intelectual como *property rights* no debe, a nuestro entender, consistir en preguntarnos si la legislación positiva la reconoce como derecho de propiedad (porque está claro que sí lo hace), sino más bien en cuestionar si el contenido, el alcance, la dinámica, de la propiedad intelectual se circunscribe o no a las categorías de la ciencia jurídica tradicional que inspiran la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, el problema deja de ser uno de análisis de la legislación en sí misma, para ubicarse más bien en el plano de la teoría que la explica: nos trasladamos del objeto a la descripción del objeto. Así, nuestro siguiente punto ha de consistir en un breve recorrido por las teorías monistas y dualistas de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos.

### **La naturaleza jurídica de los derechos subjetivos**

La noción tradicional o más difundida del derecho de propiedad, en su sentido jurídico, ubica el mismo dentro de los llamados derechos reales, que son a su vez una subdivisión de los derechos subjetivos, siendo la otra categoría aquella de los derechos personales. Es usual entender que los derechos subjetivos se dividen en derechos reales (aquellos que vinculan a las personas con las cosas), y derechos personales (aquellos que vinculan a las personas con otras personas). A esta concepción se le llama dualismo, pues divide en dos categorías los derechos subjetivos.

Sin embargo, Ghersi expone<sup>17</sup> que la división dualista, e incluso la misma idea de derechos subjetivos, son recientes, pues surgen con Hugo Grocio en el siglo XVII. Dicha clasificación, a pesar de su popularidad y difusión, no es la única. Así, existen también corrientes que rechazan el dualismo en los

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Para toda esta parte, véase la conferencia y su transcripción antes citadas.

derechos subjetivos, afirmando que éstos son de una sola clase (de donde a dichas corrientes se les denomina ‘monistas’):

- El monismo realista, que considera que todos los derechos subjetivos son derechos reales. A esta noción, según Ghersi, corresponde el BGB (Código Civil) alemán, el *common law* y el análisis económico del Derecho.
- El monismo personalista, que considera que todos los derechos subjetivos son derechos personales. Ghersi atribuye a esta noción las posturas de doctrinantes como Planiol, Ripert y Duguit, a ordenamientos jurídicos como el italiano, el francés, el español, y el latinoamericano que en ellos abrevia.

Comentando la importancia de esta discusión, dice Ghersi que “a nosotros, en nuestra tradición hispanoamericana tan vinculada con el dualismo, con la división de los derechos en personales y reales, nos resulta tan difícil entender por ejemplo que, cuando el congreso altera un contrato de arrendamiento, en realidad nos está expropiando, o cuando el municipio cambia la ley de zonificación en realidad nos está expropiando, porque en la tradición dualista de los derechos subjetivos, no somos dueños de nuestros derechos. En realidad no somos nada de nuestros derechos, nuestros derechos serían una especie de extensión de la personalidad”<sup>18</sup>.

Así, pues, concatenando estas apreciaciones con las vertidas en la sección precedente, podemos afirmar que el llamado sistema de *property rights* presenta lo que podríamos denominar “grados de alejamiento” respecto de nuestra tradicional visión del Derecho, en que el primer grado sería el antes advertido hecho de que no se refiere al derecho legal de propiedad sino a una autoridad o poder en sentido económico; en segundo grado, porque al decir sistema o estructura de *property rights* no se hace referencia a una configuración legal o legislativa del mismo, sino a una de índole más bien fáctica, práctica; un siguiente grado lo constituiría el hecho de que dicha autoridad o poder se conceptúa y analiza en un sentido que –“traducido” a términos científico-jurídicos– es equiparable (que no del todo equivalente) a una postura teórica que no es la que en nuestro medio estamos acostumbrados a utilizar para describir y comprender el derecho de propiedad como derecho subjetivo.

Veamos a continuación otros aspectos que es útil tomar en consideración al relacionar el análisis económico del Derecho con nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*

## **Análisis económico y derecho guatemalteco**

Siguiendo al autor mexicano Cossío Díaz, quien se formula la interrogante de si es posible el análisis económico en los órdenes jurídicos romanistas (en cuanto distintos al orden anglosajón o del *common law* en que se originó la aludida disciplina), se plantean los puntos siguientes<sup>19</sup>:

Algunos autores ni se ocupan del problema y pasan directamente a las aplicaciones del análisis económico a cualquier ordenamiento jurídico, lo cual Cossío Díaz critica por considerar que “tienen el inconveniente de no distinguir la manera ni los alcances con que la aplicación del análisis económico puede realizarse en el ámbito del *civil law* o del *common law*”.

Otros autores consideran que existen dificultades de tipo cultural para la recepción del análisis económico, entre las que destacan:

- Que el análisis económico del Derecho no satisface ciertos valores romanistas, “en tanto no puede comprenderse el enorme contenido de la idea de justicia a través de la ‘dimensión unidimensional de la eficacia’”.
- “La dificultad de integrar los enfoques científico sociales en el razonamiento jurídico, en tanto que los tribunales se legitiman mediante la adecuada concreción de las normas generales producidas por los órganos legislativos”.
- “La incorporación de métodos que conllevan valores ‘externos’ al derecho a fin de interpretar normas jurídicas”.
- “La firme adhesión a la dogmática positivista de raíz kelseniana en las escuelas de derecho y en los tribunales”.
- “La desconfianza hacia el fundamento puramente eficientista del análisis económico del derecho”.
- “El desconocimiento de la propia metodología”.

---

<sup>19</sup> Para todo este apartado, véase Cossío Díaz. *Ob. Cit.*, en el capítulo pertinente, que aquí sintetizamos.



- “Falta de conocimientos económicos de jueces y abogados”.
- “El hecho de que las leyes se elaboran partiendo de consideraciones primordialmente políticas”.
- “Las escuelas de derecho no ofrecen ningún curso completo de economía”.

Un tercer grupo de autores consideran que la dificultad de aplicar el análisis económico a sistemas romanistas se origina en las fundamentales diferencias en los modos de identificar y estudiar el derecho, es decir, en la teoría jurídica. Así, por ejemplo:

- Que, si se considera que en los ordenamientos del *civil law* actualmente predomina como paradigma la teoría general de Kelsen, y ésta no admite la consideración pragmática de las conductas, no es posible usar el análisis económico.
- Que en los sistemas del *civil law* no se tiene una visión pragmática del derecho, sino una visión estructural, un “círculo cerrado de la dogmática”, atribuida también al pensamiento de Kelsen.

No expondremos ni comentaremos aquí las ulteriores reflexiones que en torno a este tema vierte el referido autor, pues nuestro interés ha sido únicamente dejar dichos los puntos que algunos autores señalan sobre tal problema, a modo que nos sirvan de referencia para nuestro propio análisis crítico que en sección posterior expondremos.

## **MARCO LEGAL**

### **Internacional**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 17, establece:

- “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
- “2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

Asimismo, el artículo 27.2 del mismo instrumento establece que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Nótese que en la citada Declaración no se utiliza el término “propiedad intelectual”, sino se hace referencia únicamente a los “intereses morales y materiales” que derivan de las creaciones intelectuales.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, en su artículo 21 reconoce el derecho a la propiedad privada, estableciendo en sus incisos 1 y 2 lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

“2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

## **Nacional**

En Guatemala, la Constitución Política de la República reconoce tanto el derecho a la propiedad en general como a la propiedad intelectual en específico, así:

“Artículo 39. Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley.

“El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos”.

Seguidamente a establecer las normas constitucionales de principal vinculación con la propiedad, nuestra Carta Magna establece precisamente el reconocimiento de los derechos intelectuales, otorgándoles –ya a nivel Constitucional– el carácter de propiedad.

“Artículo 42. Derecho de autor o inventor. Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales”.

El Código Civil, en sus artículos 464 y 471, establece los caracteres del derecho de propiedad:

“Artículo 464.—La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes”.

“Artículo 471.—El propietario de un bien tiene derecho a sus frutos y a cuanto se incorpora por accesión, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo respectivo de este Código”.

El mismo cuerpo legal, en su artículo 470, hace referencia concreta a los derechos intelectuales caracterizándolos como propiedad:

“Artículo 470.—El producto o valor de trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquiera persona, son propiedad suya y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y por las especiales sobre estas materias”.

Al decir que la propiedad se ejerce sobre los bienes, es necesario saber qué se entiende por tales, y al efecto nos dice el artículo 442 del Código Civil:

“Artículo 442.—Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles”.

Por su parte, el artículo 451 numeral 6 dispone que:

“Artículo 451.—Son bienes muebles: (...) 6. Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial”.

En relación con lo que se expuso anteriormente sobre el monismo realista, es necesario destacar las siguientes disposiciones de nuestro Código Civil:

Según el numeral 5 del artículo 451, son bienes muebles “Los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales”.

Por su parte, el “Artículo 446.—Se consideran inmuebles para los efectos legales, los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los aseguran”.

Si bien estas disposiciones únicamente hacen referencia textual a los derechos de crédito sobre muebles, dinero o servicios personales, a los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los aseguran, la intención del legislador puede entenderse que es más amplia, como lo explica la Exposición de Motivos del Código Civil al comentar las citadas disposiciones:

“Los derechos y las acciones que los acompañan serán muebles o inmuebles, según sea el objeto a que se refieren; pero por tratarse de bienes incorpóreos que no pueden tener la naturaleza de los bienes corporales, es la ley la que determina o declara la calidad que adquieren”. “Agrega el artículo 451 entre los muebles, los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales (inciso 5º) y los derechos de autor e inventor (inciso 6º). Debe hacerse la misma consideración del artículo 446, de que se reputan muebles por declaración legal, ya que no es posible compararlos con los bienes corporales”<sup>20</sup>.

## ANÁLISIS CRÍTICO

Nuestro análisis crítico se basará en el señalamiento de los principales puntos de convergencia y divergencia entre las visiones del derecho de propiedad según los modelos antes expuestos, refiriéndonos a la relevancia que tales puntos tengan sobre la propiedad general y la propiedad intelectual en particular.

### **Puntos de convergencia**

Tanto la noción jurídica de propiedad como la económica tienen en común su referencia a los rasgos de exclusividad y transferibilidad como características del derecho de propiedad.

---

<sup>20</sup> Véase Exposición de Motivos del Código Civil, *in loc.*

En efecto, la exclusividad implica la posibilidad de excluir a los demás del consumo del recurso. Legislativamente, puede verse reflejada en, por ejemplo, el artículo 468 del Código Civil: “El propietario tiene derecho de defender su propiedad por los medios legales y de no ser perturbado en ella, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio”, disposición que en el plano constitucional se vincula con el ya citado artículo 39 de la Constitución Política de la República, así como con el artículo 12 de la misma, que consagra el carácter inviolable de la defensa de la persona y de sus derechos, y el debido proceso.

La transferibilidad se refleja en los ya citados artículos 464 del Código Civil, y 39 de la Constitución, en cuanto ambos reconocen como parte del derecho de propiedad el poder disponer libremente de los bienes.

Las tradicionales nociones jurídicas sobre el contenido del derecho de propiedad convergen también con las tres características fundamentales de la propiedad privada señaladas por Alchian y Balzel. Así nos describe el maestro Eugene Petit los elementos de la propiedad<sup>21</sup>:

- *Ius utendi*: “facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos”; que se corresponde con lo que Alchian señala como elección del uso del recurso, también equiparable con lo que Balzel quiere decir con el término “consumir” (aunque, en lenguaje jurídico, tal usanza da lugar a confusión con el *ius abutendi*, como se verá abajo).
- *Ius fruendi*: “derecho de recoger todos los productos”; es decir, lo que Alchian denomina los servicios de un recurso, y Balzel llama obtener ingresos de los bienes.
- *Ius abutendi*: “poder de consumir la cosa; y por extensión, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola”; para Alchian, la enajenación como intercambio en mutuo acuerdo, también referida por Balzel. Este último habla a su vez del poder de consumir los bienes.

En cuanto a la teoría del derecho, la noción económica de propiedad únicamente puede hallar convergencia con su noción jurídica –según Ghersi– en la medida en que esta última se analice a la luz

---

<sup>21</sup> Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Página 230.

de la postura del monismo realista: porque sólo en tal perspectiva se considera toda titularidad jurídica como un derecho real. Sin embargo, es posible el planteamiento de que también la perspectiva del monismo personalista pueda acomodarse a la noción económica de propiedad en cuanto se considere todo derecho de propiedad como una obligación universal pasiva, en cuyo caso lo único que varía es la caracterización jurídica de la propiedad. Es decir, quizá la afirmación de Ghersi se basa en vincular la noción de propiedad con la de derecho real, y no toma en cuenta que el monismo personalista también propone una explicación de la propiedad. Entonces, el análisis económico del derecho no sería necesariamente un enfoque monista realista, sino simplemente monista, quedando a la ciencia jurídica complementar o “traducir” los postulados del análisis económico al lenguaje jurídico, sea en clave realista o personalista.

### **Puntos de divergencia**

El principal punto de divergencia lo encontramos, precisamente, en lo que citábamos de autores como Balzel y Mackaay quienes explican que la noción jurídica y la noción económica de propiedad no son lo mismo.

Así, para Balzel los derechos de propiedad legales no son ni necesarios ni suficientes para los derechos de propiedad económicos.

Según Mackaay, los *property rights* de la economía son más bien un poder o autoridad de decisión de índole fáctica, un hecho dado que el análisis económico toma en consideración como perteneciente al mundo del ser aunque quizá reñido con el del deber ser, del que se ocupa con tanta prioridad el análisis jurídico: así, por ejemplo, la economía verá un *property right* –como autoridad de decisión– ahí donde el Derecho verá quizá una violación incluso delictuosa del derecho de propiedad –como lo que corresponde a la titularidad de un sujeto de derecho–: al respecto, piénsese en los ejemplos que también Enrique Ghersi presenta sobre el fenómeno de las ocupaciones de tierras: para el análisis económico, son asignaciones de recursos que ejemplifican lo que él llama “carácter competitivo de las fuentes del derecho”; para el Derecho, son delitos, invasiones, apropiaciones indebidas, etc.

En el aspecto teórico-jurídico, la divergencia se presenta en cuanto el difundido y generalmente aceptado modelo del dualismo real-personal sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, impide que la noción de derecho de propiedad tenga, en el ámbito jurídico, la misma extensión que tiene en el económico. En ello podemos, al mismo tiempo, observar un ejemplo muy concreto y fundamental de lo que apuntan los autores citados en el apartado sobre el análisis económico aplicado a sistemas

romanistas, es decir, de que existe una concepción teórica difundida (aunque en este caso no kelseniana, como los autores señalaban), que es de difícil si no imposible compaginación con los conceptos del análisis económico.

### **Relevancia de los puntos expuestos**

Lo que se ha señalado como puntos de divergencia y convergencia entre las nociones y enfoques de la propiedad que hemos visto, es de indudable relevancia al momento de plantearnos la protección de la propiedad intelectual desde la perspectiva de *property rights*.

Ante todo, desde luego, porque tal perspectiva no hace referencia a un sistema jurídico de protección propiamente dicho, sino más bien a un aspecto fáctico. De tal forma que, más que analizar la protección de la propiedad intelectual como *property rights*, cabe preguntarnos la influencia que dicho enfoque pueda tener sobre la concreción legal de la protección en sentido propio.

Al respecto, puede ilustrarse con esta anécdota: cierto día reflexionaba yo sobre cómo el Derecho está llamado a recoger y reflejar sabiamente la realidad y, con ello, traía a mente el ejemplo de cómo en el antiguo derecho romano, si bien se reconocía y defendía el derecho de propiedad, se admitía que no era hurto el que alguien tomara un fruto sembrado al lado del camino si para tomarlo no tenía más que extender el brazo; o que en épocas pasadas se reconociera la soberanía de un Estado sobre el mar únicamente en la distancia hasta donde alcanzaran las balas de un cañón utilizado para defenderlo. Ambos ejemplos reflejan cómo el derecho de propiedad se ve condicionado por la posibilidad fáctica de defenderlo, de hacerlo valer. Una vez planteé esto a un amigo (no estudiante de Derecho) mientras discutíamos sobre la propiedad intelectual, invitando a la reflexión de qué tanto ‘derecho de propiedad’ se pueda tener sobre, por ejemplo, un fonograma o una obra audiovisual que cualquiera puede fácilmente descargar del internet, copiar, transmitir, etc. Su respuesta fue, quizá con mayor sentido jurídico que el del punto que yo exponía, cuestionar si ¿no es absurdo decir que carezco de un derecho simplemente porque no puedo defenderlo?, ¿acaso no existen las leyes precisamente para defender mis derechos aun cuando yo no esté en posibilidad de hacerlo?

Y es que, en efecto, trasladar el carácter meramente fáctico del enfoque *property rights* al ámbito jurídico llevándolo hasta sus últimas consecuencias, no estaría alejado de constituir una vuelta al período de la auto-tutela en que solo exista el ‘derecho’ del más fuerte, una afirmación de la falacia naturalista que indebidamente eleva el *ser* al plano del *deber ser* sin filtrarlo mediante un análisis racional de si esas consecuencias corresponden o no a la dignidad del ser humano. A la vez, ignorar por completo las

aportaciones que el enfoque *property rights* pueda brindar con miras a mejor entender la realidad de la que el Derecho nace y en la cual el mismo se aplica, conllevaría el riesgo de hacerlo cada vez menos jurídico, pues se alejaría de ser vida humana y de ajustarse a las necesidades y transformaciones del hombre en su ser histórico, espacio-temporal.

Se ve, entonces, que el análisis económico del Derecho plantea serios interrogantes al jurista en la actualidad, y ofrece aportes y postulados que pueden ser tan valiosos como peligrosos según se les tome o no de forma aislada y abstracta o más bien en manera tal que tome en cuenta la compleja diversidad de factores humanos que integran el fenómeno jurídico. En el ámbito de la propiedad intelectual, nos encontramos ante lo que sin duda es una de las disciplinas jurídicas más sensibles al cambio y el desarrollo, especialmente en cuanto a lo tecnológico, toda vez que nuestra especialidad no sólo se enfoca a proteger jurídicamente las creaciones intelectuales, sino también a proveer un marco legal que estimule su creación y explotación económica para beneficio del titular y de la sociedad.

En síntesis, es quizá el momento en que más deba rescatarse y ejercerse la *prudentia iuris* que durante siglos fue inseparable de la concepción jurídica en occidente. El presente trabajo no pretende en forma alguna proponer respuestas a las complejas y fascinantes interrogantes que en esta sección se han esbozado, sino únicamente presentar un estudio breve en torno al aspecto muy particular que desde el inicio hemos delineado.

## **PROPUESTA**

Hemos visto anteriormente cómo el Código Civil de Guatemala establece que “los derechos de autor e inventor” (es decir, la propiedad intelectual) tienen carácter de propiedad mueble. Asimismo, refiriéndose tanto a la propiedad intelectual como a otros tipos de derechos, acciones, derechos de crédito, etc., la Exposición de Motivos enuncia el criterio de que los mismos son bienes (muebles o inmuebles, según el caso), pero que lo son realmente, es decir, lo importante a resaltar es que se los considera como bienes y, por tanto, como objetos del derecho de propiedad, independientemente de que el atribuirles tal carácter se considere como resultado de declaración de la ley, máxime cuando la misma Exposición de Motivos sostiene que tal equiparación no se basa en la distinción entre derechos reales y personales sino, más bien, en la de bienes corporales e incorporeales.

Con esto, consideramos que, a la luz de nuestro derecho positivo, puede tenerse por superada (o superable) la discusión sobre si el dualismo real-personal en cuanto a la naturaleza de los derechos



subjetivos es una barrera conceptual infranqueable para la aplicación del análisis económico. Ya vemos que nuestra legislación admite ser analizada e interpretada en clave monista.

Pero, más importante por las consecuencias prácticas que pueda tener, es el tema de que, al considerarse que los derechos en general son bienes y, como tal, objetos de propiedad, entonces se abren puertas para modalidades de asignación y transferencia de los mismos que puedan optimizar su explotación económica a la luz del análisis económico del Derecho, hechas factibles por la interpretación y manejo de nuestro derecho positivo a través de un enfoque conceptual distinto al tradicionalmente implementado. Con esta afirmación, se pretende superar el obstáculo anteriormente señalado siguiendo a Cossío, en virtud del cual la tradición de pensamiento predominante en nuestro medio sería otra barrera para la aplicación del análisis económico del Derecho.

En efecto, lo que es crucial señalar es que quizá uno de los prejuicios más dañinos que la mentalidad jurídica de nuestra época debe superar es aquel según el cual un modelo conceptual o teórico está intrínsecamente ligado a un sistema u ordenamiento jurídico: basta ya de hablar del derecho guatemalteco como “positivista”, y basta también de llamar “romanista” a un modo de entender el derecho que de romanista nada tiene... Cito mis reflexiones ya vertidas en un trabajo anterior:

“...si se identifica la falacia voluntarista y constructivista de la ‘voluntad del legislador’ como fundamento no sólo de los postulados teóricos (concepción jurídica) sino también de las limitaciones prácticas (técnica jurídica) del positivismo, y tal noción queda demostrada como falsa, entonces se hace posible una práctica basada en una teoría que sea más cercana a la realidad, sin que a ello obste el hecho de que sigamos operando dentro de un sistema en que predomina el ‘derecho legislado’, porque entonces ya la ley puede considerarse en su sentido objetivo como parte de una realidad más compleja, y ello permite una crítica racional e inmanente que puede operar dentro del mismo marco legal establecido, pero trascendiendo las limitaciones prácticas impuestas por una teoría que –aunque haya influido sobre la formulación de la legislación– no llega a agotar ni explicar adecuadamente la realidad en que esa misma legislación se ubica, porque ya no se hace referencia a la voluntad del legislador como estado subjetivo de conciencia que condiciona nuestro entendimiento de la realidad, sino a la ley como producto objetivo insertado en una realidad dentro de la cual opera y a la luz de la cual se entiende.

“Si seguimos diciendo que nuestro sistema es ‘positivista’, caemos en el juego del positivismo, porque estaríamos entonces afirmando que la ‘voluntad del legislador’ *sí* es por sí sola plenamente eficaz para ‘crear’ la realidad; estaríamos supeditando nuestro juicio sobre la realidad a la aceptación –al menos implícita– de una teoría que consideramos errónea (y, entonces, ni criticar dicha teoría tendría sentido,

porque si le atribuimos a la teoría la capacidad no de explicar sino de *crear* la realidad, estaríamos declarándonos vencidos antes de entrar a la batalla –la batalla de la búsqueda racional de la verdad– y así sólo nos quedaría hacer crítica externa, estéril, improductiva); estaríamos incurriendo en la falacia de afirmar sobre la realidad algo que sólo puede afirmarse sobre una teoría que busca explicarla. En otras palabras, decir que el sistema jurídico guatemalteco es positivista, es una afirmación que a su vez demuestra una mentalidad positivista, constructivista, voluntarista; es tan falaz como la teoría a la que se opone y, en el fondo, es tal vez hasta lo mismo. Lo que sí es innegable es que nuestra legislación está esculpida sobre el molde de la teoría positivista, pero entonces lo que ‘hereda’ del positivismo no es su carácter en sí (porque la teoría no ‘crea’ la realidad), sino las limitaciones de dicha teoría para explicar dicha realidad: así como el positivismo en cuanto teoría no agota la explicación de la realidad, así una legislación basada en la teoría positivista es insuficiente por sí misma para aplicarse a la realidad. Así como el positivismo jurídico requiere de conjugarse con otros criterios, de otras teorías, para acercarse más a una explicación adecuada del Derecho, así una legislación basada en la teoría positivista requiere de otros criterios y teorías para acercarse más a la eficacia del Derecho. E, irónicamente, tal insuficiencia y tales criterios están reconocidos... ¡‘en la misma ley’!

“Por otro lado, cuando se dice que el sistema guatemalteco es positivista, generalmente lo que en realidad se está diciendo es que la manera en que lo aplican los abogados y jueces responde a la interpretación estrecha, lógica, mecánica, deductiva, que postula el iuspositivismo. Eso, como ya hemos visto, es afirmable de un modo de actuar propio de personas que guían su acción práctica por una teoría determinada (además que inadecuada a su objeto), pero no es afirmable del sistema jurídico en sí mismo. Es decir, esa acepción concreta de ‘positivismo’ hace referencia más a una actitud mental que a una característica inherente al sistema”<sup>22</sup>.

### **Algunos ejemplos y consideraciones a la luz de la legislación nacional**

Conforme lo anteriormente expuesto, entre las características primordiales del derecho de propiedad desde la perspectiva de su explotación económica, resaltan su transferibilidad, la exclusividad para elegir su uso y percibir sus beneficios, caracteres que podemos entender en forma más simplificada como una autoridad o capacidad para asignar tal derecho y aprovecharlo. Las características de universalidad y exclusividad no las abordaremos aquí, por querer centrar nuestra reflexión en los puntos que seguidamente se verán.

---

<sup>22</sup> Gramajo Castro, Juan Pablo. La Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico y su Perenne Actualidad. Páginas 711 y 712.

Ya hemos aclarado antes que, a la luz de nuestra legislación, los derechos son bienes y, por tanto, objeto de propiedad. Ahora importa hacer referencia a la transferibilidad de los derechos, la cual queda muy clara al contemplar la regulación que nuestro Código Civil hace de la institución de la cesión de derechos, en sus artículos 1443 a 1452. Dicho capítulo se refiere concretamente a la cesión de derechos personales, con lo cual queda más que confirmado que nuestra legislación admite plenamente que los derechos personales son transferibles. Ello, desde luego, con las características concretas que en los referidos artículos se regulan: así, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 1444 puede considerarse –desde la perspectiva monista– como una limitación a la propiedad, toda vez que en el supuesto que contempla, el cesionario ‘realmente’ no está adquiriendo la totalidad del derecho, a diferencia de cuando, por ejemplo, se compra un bien inmueble corpóreo cuyo valor aumenta con el tiempo.

En cuanto a este aspecto, interesa hacer notar que también en ello nos topamos con la necesidad de reevaluar ciertos criterios que se encuentran muy arraigados en nuestro medio, reconsiderándolos a la luz de una hermenéutica jurídica más flexible: nos referimos al modo en que tradicionalmente se ha venido entendiendo en nuestro medio la regulación de la cesión de derechos en nuestro Código Civil. Si bien la Exposición de Motivos expresa que “objeto de la cesión puede ser cualquier derecho, personal o real”, también apunta que “No encontramos diferencia entre la venta y la cesión de una cosa o de un derecho por venta” y que en los artículos 1443 a 1452 se regula “La cesión de obligaciones a que hemos querido referirnos” la cual “comprende el traspaso de una obligación personal”<sup>23</sup>. Es decir, que la cesión en sentido amplio puede tener por objeto derechos reales o personales, pero la cesión regulada en dicho capítulo es únicamente la de derechos personales.

Ahora bien, según Ernesto Viteri, “la compraventa tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa y el objeto de la cesión es la transferencia de la titularidad de derechos o, en otras palabras, la transmisión de derechos personales o reales (que no sea la propiedad). (...) [la cesión] es una variación o modalidad de la compraventa, que rige cuando el objeto del contrato no es la transmisión de la propiedad de una cosa, sino la transmisión de derechos personales o de derechos reales diferentes de la propiedad”<sup>24</sup>. Con el respeto que merece la opinión del reconocido jurista patrio, misma que sustentan varios profesionales del país, debe disentirse de la misma, entre otros motivos, toda vez que un derecho real, sea o no la propiedad, es desde la perspectiva monista una “obligación pasiva universal” y, por tanto, desde el momento en que el capítulo en comentario hace referencia al consentimiento del deudor, excluye que sus disposiciones sean aplicables a derechos reales (en su acepción dualista), pues el deudor de la obligación pasiva universal es la totalidad del conglomerado social.

---

<sup>23</sup> Para todo lo anterior, véase la Exposición de Motivos del Código Civil, *in loc.*

<sup>24</sup> Viteri, Ernesto. Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (Parte Especial). Página 125.

Además, como hemos visto, la Exposición de Motivos en efecto dice que la cesión puede versar sobre derechos reales y que “puede realizarse por medio de cualquier otro acto o contrato que implique enajenación, pues un derecho puede cederse por donación, permuta, adjudicación en pago, aportación de capital, etc.”, pero también aclara sin lugar a duda que el referido capítulo sólo se refiere a obligaciones personales. En consecuencia, a mi juicio no hay fundamento para afirmar que la diferencia entre cesión y compraventa radica en si su objeto es o no la propiedad o un derecho real distinto de ella, como tampoco lo hay para el otro criterio también difundido en nuestro medio según el cual la diferencia radica en que la cesión tiene por objeto cosas incorpóreas y la compraventa versa sobre cosas corpóreas. Véanse al respecto los artículos 1805, 1806, 1808, 1810, 1851 del Código Civil.

Si los derechos personales son transferibles, otra modalidad de su explotación económica que de ello se deriva, es la posibilidad de obtener beneficios de ellos sin transferir su propiedad: así, por ejemplo, al igual que puede arrendarse un bien inmueble para derivar de él la renta como fruto civil, pueden arrendarse derechos personales, pues el artículo 1880 segundo párrafo del Código Civil únicamente excluye como objeto del contrato de arrendamiento los bienes fungibles y los derechos *estrictamente* personales (es decir, los derechos personalísimos, pero no los derechos personales, como podrían serlo los de crédito). Sin embargo, una nota muy importante a este respecto, que nos confirma más aún que nuestra legislación no solo puede interpretarse en clave monista sino que incluso algunos de sus preceptos pueden considerarse basados en tal postura, es la posibilidad de que los derechos personales puedan constituir garantía: si la prenda es en sí misma un derecho real, y se conceptúa como una garantía real (en efecto, un derecho real de garantía), mal podría admitirse que se dé en prenda un derecho personal si éste no fuera al menos lejanamente equiparable a un derecho real: y esa equiparación se produce en la concepción monista, y se refleja como incorporada a nuestra legislación desde el momento en que la Ley de Garantías Mobiliarias admite que como tales (que tienen por objeto, obviamente, bienes muebles) se constituyan los créditos<sup>25</sup>, las obligaciones no dinerarias<sup>26</sup>, las obligaciones contractuales<sup>27</sup>, y créditos documentarios<sup>28</sup>, materias a los cuales el referido cuerpo normativo dedica capítulos específicos. De esta forma, la Ley de Garantías Mobiliarias lleva a una nueva plenitud y refuerzo la concepción de los derechos personales como bienes muebles que ya el Código Civil establecía. Más importantemente, dicha ley pretende ampliar las posibilidades jurídicas de la utilización de bienes en garantía para facilitar el acceso al crédito, es decir, con ella se busca favorecer la potestad de asignación y disfrute del derecho que, como vimos, es una de las características del derecho

---

<sup>25</sup> Artículos 18 a 24.

<sup>26</sup> Artículos 25 y 26.

<sup>27</sup> Artículo 25.

<sup>28</sup> Artículos 27 a 30.

de propiedad bajo la perspectiva de *property rights*, por lo que al incluir en tal modalidad a los derechos personales y obligaciones antes enumeradas, se está implícitamente reconociendo que los mismos tienen caracteres de propiedad en un sentido que trasciende el concepto restringido de derecho real en clave dualista y de *res corpórea*.

### **Propiedad intelectual y *property rights***

En cuanto a la propiedad intelectual se refiere, la reflexión que venimos haciendo no ofrece mayor problema, pues, como se expuso en la sección sobre marco legal, ésta sí está plenamente reconocida como una propiedad, como un derecho real, y también la Ley de Garantías Mobiliarias contempla que sobre derechos de propiedad intelectual se pueda constituir ese derecho real. Pero entonces, ¿qué relación tiene nuestro trabajo con la protección de la propiedad intelectual como *property rights*?, ¿es que acaso hemos tomado un camino que se aleja del tema cuyo estudio se nos solicitaba? Creemos que no, por los siguientes motivos:

- Porque si el sistema de *property rights* es una herramienta analítica que nace en una ciencia distinta del Derecho, es necesario abordar su comprensión desde una perspectiva que haga relación a la totalidad y/o generalidad del derecho nacional, para luego poder trasladarlo al campo específico de la propiedad intelectual.
- Porque si los *property rights* se relacionan directamente con el derecho de propiedad, su examen debe forzosamente hacerse a la luz de la regulación de la propiedad en cuanto tal, y del reflejo y despliegue de sus características económicas en otras instituciones jurídicas, tal como hemos hecho.
- Porque si la propiedad intelectual ya está reconocida en ley como propiedad, como derecho real, no tendría realmente mucho objeto analizar su protección como *property rights*, a menos que primero se admita que la noción de *property rights* no es lo mismo que la propiedad como derecho real. Eso es precisamente lo que hemos hecho y, en consonancia con el punto primero de esta enumeración, ello no puede hacerse yendo directamente a la propiedad intelectual sino que necesariamente ha de basarse en el examen de la propiedad —jurídica y económica— a la luz de nuestro derecho positivo.

Con base en todo lo anterior, podemos enunciar que la protección de la propiedad intelectual como *the property rights* no se debe analizar a la luz de si se le protege o no como propiedad: eso está claro que sí lo

está y, de analizarlo así, este trabajo carecería de sentido. Antes bien, para comprender si la propiedad intelectual se protege como *property rights*, la pregunta central debe basarse en esa distinción conceptual entre la *property* económica, anglosajona, monista, y la ‘propiedad’ jurídica, romanista, dualista, como tradicionalmente se le ha venido entendiendo en nuestro medio. En consecuencia, ha de basarse también en esa posibilidad de interpretar y entender nuestro derecho positivo, nuestras instituciones jurídicas, desde una perspectiva distinta a nuestro tradicional esquema mental y conceptual heredado, según hemos intentado sustentar en las páginas anteriores.

En tal sentido, está claro que la propiedad intelectual sí está protegida como propiedad en su sentido tradicional, pero, ¿está protegida como *property rights* en los sentidos que hemos visto? La respuesta que propongo es que sí, toda vez que la aplicabilidad supletoria y fundamental del derecho civil en su calidad de derecho común, hace que la regulación del Código Civil sobre aspectos como cesión de derechos, contratos, carácter de los derechos personales como bienes muebles, y demás aspectos que hemos considerado, sea plenamente aplicable a la propiedad intelectual en la medida en que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y la Ley de Propiedad Industrial no contemplan en sí mismas la regulación completa de dichas instituciones jurídicas. También lo es en la medida en que la Ley de Garantías Mobiliarias es ley específica que contempla aspectos de la propiedad intelectual<sup>29</sup> y de los derechos personales en una manera que favorece su explotación económica a la luz de nociones emparentadas con la visión monista de los derechos subjetivos.

Así, por ejemplo, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos regula ciertos contratos sobre el derecho de autor, pero no regula en sí la teoría general del contrato, ni regula que las obligaciones contractuales puedan servir de garantía mobiliaria. Entonces, la propiedad intelectual sí se encontraría protegida como *property rights* en la medida en que, por ejemplo, la pregunta ya no es si yo puedo conceder una licencia contractual sobre mis derechos patrimoniales de autor (lo cual claramente se puede, por ser propiedad), sino más bien si yo puedo, por ejemplo, dar como garantía mobiliaria mi derecho de crédito sobre las regalías que en virtud de dicha licencia tengo derecho a percibir: en este caso, se trata ya de un derecho personal, que puedo yo explotar económicamente derivando de él un beneficio mediante su asignación como garantía. No se trata de si puedo enajenar, por ejemplo, mi derecho patrimonial de autor, sino de si puedo quizá ‘vender’ mi derecho a la taquilla por la representación de una obra teatral de mi autoría. O si, por ejemplo, como se puede dar en garantía mobiliaria el cumplimiento de una obligación contractual, pueda constituirse como tal la una ejecución artística: yo contraté al guitarrista x para dar una función en un salón de mi propiedad, pero si doy el cumplimiento de esa obligación en garantía a un acreedor, ¿puedo decirle al guitarrista que mejor vaya a

---

<sup>29</sup> Artículo 37.

tocar a la fiesta de cumpleaños de mi acreedor, y de esta manera quedaría ‘ejecutada’ la garantía mobiliaria?

En conclusión, en la medida en que la propiedad intelectual da lugar al surgimiento de relaciones contractuales, derechos de crédito, y demás derechos personales, y en la medida en que estos a su vez constituyen bienes muebles que como tal son objeto de propiedad, son transferibles, explotables, asignables, etc., podemos afirmar que la propiedad intelectual sí se encuentra también protegida en la perspectiva de *property rights*, es decir, en un modo más amplio y flexible que la tradicional visión de la propiedad como derecho real y como cosa corpórea.

### **Discusión de resultados**

Para concluir, queda enunciar sucintamente que, ante el problema planteado de si la noción de derecho de propiedad empleada por el enfoque *property rights* es un obstáculo para su comprensión en el medio jurídico guatemalteco, consideramos que sí lo es, toda vez que el mismo está basado en una visión de la propiedad como poder fáctico sobre la asignación y disfrute de un recurso cualquiera, mientras que en el medio jurídico nacional ha predominado la concepción de la propiedad más bien como poder jurídico sobre un bien e, incluso, puede hablarse de una cierta tendencia a identificar el objeto de la propiedad como una cosa corpórea.

Sin embargo, también consideramos comprobada la hipótesis de que tal obstáculo puede superarse sin tener que recurrir a una reforma legal (porque, además, el enfoque *property rights* es una herramienta analítica económica y no propiamente una doctrina jurídica), sino simplemente mediante una revisión de los postulados teóricos y conceptuales desde los cuales estamos acostumbrados a ver y manejar nuestra legislación. Esto porque hemos visto que incluso el Código Civil ya permite su lectura en clave monista a la luz de sus propias disposiciones y de la explicación que de ellas brinda su Exposición de Motivos, y además la Ley de Garantías Mobiliarias, basándose en esa concepción ya contenida en el derecho común, la acoge, define e incorpora de modo más explícito en su pretensión de favorecer la explotación del patrimonio.

Entonces, queda preguntarnos, ¿estamos planteando que el monismo –realista o personalista– debe convertirse en el nuevo paradigma conceptual del jurista guatemalteco, o que debemos buscar la plena acogida de los postulados del análisis económico del Derecho, forzando –de ser necesario–, la interpretación de la legislación patria? De ninguna manera, pues entendemos que también ello constituiría reduccionismos y unilateralismos que pueden resultar tan nocivos a la vida jurídica nacional

como los paradigmas que en la actualidad se denuncian como inadecuados y necesarios de superarse. Simplemente, propugnamos una mayor flexibilidad mental del jurista, que le haga capaz de adaptar su visión y su manejo del Derecho a la compleja y fascinante riqueza de la vida humana, de la que aquél se nutre y la cual manifiesta.

## CONCLUSIONES

- La noción de *property rights* es de índole económica, y en ella se enfatiza el poder fáctico o autoridad de usar, disfrutar y disponer de un bien o recurso, en sentido descriptivo y no normativo, con lo cual es más amplio que el sentido jurídico o legal de ‘derecho de propiedad’.
- En términos jurídicos, la idea de *property rights* es equiparable (que no del todo equivalente) a la postura teórica que la ciencia jurídica denomina ‘monista’ en contraposición a la ‘dualista’, esta última que es la más difundida en nuestra mentalidad jurídica en cuanto a teorías que explican la naturaleza de los derechos subjetivos.
- Guardando las distancias inherentes a sus ámbitos respectivos, podemos decir que tanto la noción económica como jurídica de la propiedad convergen en cuanto a las tres características fundamentales que del mismo señalan: el uso, el goce y la disposición.
- El enfoque del análisis económico del Derecho puede considerarse no necesariamente como una postura monista realista, sino más bien como simplemente monista, dejando abierta la discusión u opción por el monismo realista o personalista, pues también este último propone una explicación de la propiedad en la cual se equiparan los derechos que el dualismo tradicionalmente ha separado.
- Según el Código Civil, los derechos de crédito y otros derechos personales son bienes, muebles o inmuebles según el caso, y la equiparación legislativa se basa no en la distinción entre derechos reales y personales, sino en la de bienes corporales e incorporeales; es decir: la categoría legal que se les atribuye no procede *per se* directamente de una postura dualista.
- Nuestra legislación admite ser analizada, entendida, aplicada e interpretada en clave monista.



- No es posible tildar de ‘positivista’ nuestra legislación, pues el positivismo no es una cualidad inherente a la realidad, sino una teoría o postura para explicar dicha realidad. Suele decirse que es positivista cuando en realidad se quiere con ello designar la mentalidad de algunos aplicadores del Derecho: de igual forma, se afirma entonces del modo de actuar de personas que guían su acción práctica por una determinada teoría, pero no del ordenamiento jurídico en sí mismo.
- La Ley de Garantías Mobiliarias, al permitir que como tales se constituyan los derechos de crédito y las obligaciones no dinerarias tales como el cumplimiento de una obligación contractual, entre otros, está basándose en la visión ya aceptada por nuestro Código Civil de que los derechos y obligaciones son verdaderamente bienes, llevándola a una nueva claridad y plenitud que trasciende el concepto restringido de la propiedad o los bienes como derecho real en clave dualista o corpórea.
- La propiedad intelectual, como su mismo nombre lo indica, se encuentra protegida como propiedad en nuestra legislación pero, más aún, en la medida en que da lugar al surgimiento de relaciones contractuales, derechos de crédito y demás derechos personales, también está llamada a participar de la amplitud y flexibilidad que la consideración de los mismos como bienes le otorga en pro de su explotación económica.
- Si bien el *property rights approach* como herramienta analítica descansa sobre un concepto de derecho de propiedad que es distinto de la concepción jurídica del mismo tanto en el Derecho en general, como en el derecho guatemalteco en particular, tal diferencia no es inherente a una ciencia o un concepto, sino resultado de la noción que la mente humana, en su contacto con la realidad, se forma sobre la misma. En consecuencia, es posible ofrecer explicaciones y teorizaciones alternativas, que permitan comprender mejor el *property rights approach* desde la perspectiva de la ciencia jurídica en nuestro medio.

## BIBLIOGRAFÍA<sup>30</sup>

### Libros de texto

- Balzel, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Cambridge University Press. New York: 1989. 122pp.
- Cossío Díaz, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México, D.F.: 1997. 374pp.
- Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 22ª edición. Editorial Porrúa. México: 2006. 717pp.
- Viteri Echeverría, Ernesto R. *Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (Parte Especial)*. 1ª reimpresión de la 2ª edición actualizada. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. Guatemala: 2005. 621pp.

### Obras de referencia

- Bouckaert, Boudewijn y De Geest, Gerrit (editores). *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Edward Elgar Publisher. Cheltenham: 2000. 1094pp.

### Tesis y trabajos académicos

- Gramajo Castro, Juan Pablo. *La Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico y su Perenne Actualidad*. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala: 2009. 770pp.
- Illescas García, Stephany Marie. *Análisis económico del Derecho desde la perspectiva de la propiedad intelectual*. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala: 2008. 37pp.

---

<sup>30</sup> Nota: todos los recursos en línea se revisaron por última vez el 3 de junio de 2009.

- Molina Barrios, María Liz. **La Protección de la Propiedad Intelectual como “The Property Right” en la Legislación Guatemalteca.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Versión digital, cortesía de Dr. Edwin Melini.

### Recursos en línea

- Alchian, Armen A. ***Property Rights***, en *The Concise Encyclopedia of Economics*. Versión en línea: <http://www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html>.
- Gherzi, Enrique. **Conceptos de derecho de propiedad.** Conferencia.  
Vídeo en:  
[http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Conceptos\\_de\\_Derecho\\_de\\_propiedad](http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Conceptos_de_Derecho_de_propiedad).
- Gherzi, Enrique. **El derecho de propiedad.** Conferencia.  
Vídeo en: [http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=El\\_derecho\\_de\\_propiedad](http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=El_derecho_de_propiedad).
- Mackaay, Ejan. ***History of Law and Economics***, en *The Encyclopedia of Law and Economics*. Versión en línea: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>.
- Mackaay, Ejan. ***Schools: General*** en *The Encyclopedia of Law and Economics*. Versión en línea: <http://encyclo.findlaw.com/0500book.pdf>.

### Legislación y Tratados

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica).
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Código Civil, Decreto Ley 106, y sus reformas.
- Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto Número 33-98, y sus reformas.

- Ley de Garantías Mobiliarias, Decreto Número 51-2007, y sus reformas.