Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana
Edición Nº 06 - Diciembre 2013

DISSÊRTUM

La expresión de lo justo…

Universidad de La Sabana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de La Sabana

Director:

Julián David Ruiz Rondan

Subdirección:

Stefanny Justinico Moreno

Coordinación Profesoral

Diana María Gómez Hoyos

Consejo Editorial

Iván Mauricio Ángel Díaz (Área de Derecho Internacional).
Juan Esteban Franco Brito (Área de Ciencias Políticas).
Diego Alejandro Nova Gómez (Área de Filosofía del Derecho).
Carlos Daniel Rodríguez Sánchez (Área de Derecho Público).
Ángela Nathalia Sánchez Mendoza (Área de Derecho Privado).

Colaboradores Adjuntos

Paula Andrea Roa Sánchez (Área de Derecho Público).
Juan Arturo González Rojas (Área de Derecho Procesal).
Andrea Cristina Rojas Figueroa (Área de Derecho Laboral).

Comité Extranjero:

María José Camacho Tejerina. Universidad Católica Boliviana "San Pablo". Bolivia.
Cristina León Contreras. Universidad de Sevilla. España.
Francisco Huarte Petite. Universidad Austral. Argentina.
Lucas Borrego Silvy. Universidad Austral. Argentina.

Sexta edición virtual: diciembre de 2013.

ISSN: 2344-8180.

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica

Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co

Contenido

DISSÊRTUM

Universidad de La Sabana

Editorial 5

Artículos de investigación 9

El Habeas Data en las redes sociales online: responsabilidad y vigilancia.
11 ..... Diego Andrés Sotelo Vargas.

Incidencia de los principios de favorabilidad y territorialidad laboral en el teletrabajo a nivel internacional en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.
30 ..... Mónica María Nítola García y Andrea Cristina Rojas Figueroa.

Nociones interdisciplinarias para un adecuado régimen de insolvencia del consumidor.
45 ..... Leonel Alejandro Suozzi.

La autorregulación publicitaria en Colombia.
59 ..... Cristian Camilo Parada Amaya y Julián David Ruiz Rondan.

Las prácticas genéticas en el sistema de salud argentino: un primer abordaje.
69 ..... Olga Lucía Camacho Gutiérrez.

Artículos de reflexión 93

Nazis in South America.
95 ..... Christian Arias Ávila.

Gamal Abdel Nasser.
106 ..... María Daniela Riaño Acevedo.

Marketing de ciudades: aplicación de la estrategia de gestión urbana a Tokio, Bogotá y Ecuador.
113 ..... Diana Carolina Sánchez Vera y Francisco Javier Valencia Ríos.

Entrevista 123

Una lucha constante por el Derecho de Autor: perspectivas y anécdotas del ex subdirector general de la OMPI, Carlos Fernández Ballesteros.
125 ..... Julián David Ruiz Rondan.

Editorial

Me complazco en entregar este nuevo número de la revista virtual de estudiantes DISSÊRTUM, que se logró gracias al aporte de valiosos artículos en español e inglés realizados por estudiantes de pregrado de Derecho y de Ciencias Políticas de distintas facultades de Colombia y de otros países del continente americano.

Después de un arduo trabajo en el Consejo editorial, conformado por distinguidos estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, así como de la invaluable colaboración del Comité extranjero adscrito al Consejo editorial, integrado por estudiantes de universidades de Latinoamérica y España, hemos seleccionado una serie de artículos que reflejan la misión de nuestra revista: ser una revista de calidad, de repercusión internacional y que abarque la multiplicidad de áreas del conocimiento que comprenden la ciencias jurídica, socio jurídica y política.

En el presente número el lector encontrará varios artículos de gran valía en el Derecho y las Ciencias Políticas que evidencian una importante repercusión y renovación del conocimiento. Varios de estos escritos participaron en distintos concursos estudiantiles logrando reconocimientos.

En cuanto a los artículos de investigación, podrá leerse un interesante análisis sobre el habeas data en el entorno digital de las redes sociales; este artículo obtuvo una mención de investigación en la undécima versión del concurso nacional de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada (2012-2013) de nuestro Programa de Derecho y Ciencias Políticas. De igual manera, se publica un artículo muy vigente que examina, a la luz de los principios del Derecho Laboral, la institución del teletrabajo en el marco del TLC de Colombia con Estados Unidos y la aplicación de los principios de territorialidad y favorabilidad; la ponencia ocupó el tercer lugar en el V Encuentro del Nodo Centro de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio-jurídica (2013).

Así mismo, como prueba de nuestro compromiso por una creciente difusión e internacionalización de la revista, hemos escogido una ponencia

de un estudiante argentino que diserta sobre cuál sería un apropiado régimen de insolvencia del consumidor y la importancia de la interdisciplinariedad en la legislación y jurisprudencia para alcanzar este objetivo; dicha ponencia fue presentada en el Congreso de Derecho Económico y Empresarial para estudiantes y jóvenes graduados "Empresa y Consumidor" realizado los días 14 y 15 de noviembre de 2013 en la Universidad de Buenos Aires.

Además, teniendo en cuenta la actualidad y pertinencia de la revista en el mundo jurídico, se publica un interesante artículo que muestra el novedoso tema de la autorregulación en sectores de la industria publicitaria y comenta el nuevo Código colombiano de autorregulación publicitaria que fue presentado oficialmente el 16 de octubre de 2013 en el Encuentro Latinoamericano de CONARED.

Finalmente, nuestro último artículo de investigación fue redactado por una estudiante que cursa sus estudios en una universidad colombiana que estuvo de intercambio en la Universidad de Buenos Aires. Esta investigación nos presenta el intrigante tema de las prácticas genéticas en el sistema de salud de Argentina, como respuesta a la polémica que desató en este país la Ley 26.862 de 2013 sobre fertilización asistida, la cual, como se recordará, contó con el cuestionado apoyo de la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner.

Por su parte, la Revista Dissêrtum también abre sus puertas a artículos de reflexión que desvelan un punto de vista crítico ante temas de gran importancia para las Ciencias Políticas y el Derecho. En primera medida, tenemos un artículo en inglés que presenta cómo los Nazis, después de la Segunda Guerra Mundial, huyeron a Suramérica para evadir a la justicia y perpetuar la impunidad, escrito por un estudiante de primer año de Pre-Derecho en la University of Winnipeg de Canadá, con la que recientemente hemos hecho contacto para expandir el espectro de nuestra revista.

Adicionalmente, una alumna de Ciencias Políticas revisa la vida y legado de Gamal Abdel Nasser, enfocándose en los aspectos principales del mandato nasserista.

Para concluir esta sección, retomamos un estudio con matices políticos acerca del Place Branding, que supone la búsqueda del posicionamiento de la marca-ciudad o marca-país, tema muy vigente en nuestra República con el cambio de nuestra marca insignia "Colombia es Pasión" por la nueva marca "CO" y "la Respuesta es Colombia", que busca ser una marca dinámica que contribuya a mejorar la imagen del país a nivel internacional.

Siguiendo con la tradición de entrevistar a una figura reconocida en las Ciencias Jurídicas y Políticas, en esta oportunidad presentamos una entrevista con el ex Subdirector General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Dr. Carlos Fernández Ballesteros (de Uruguay), quien es una de las figuras más importantes en Latinoamérica de la Propiedad Intelectual, en especial del Derecho de Autor. Fernández Ballesteros nos habla de su trayectoria y de cómo el Derecho de Autor fue cobrando fuerza en Latinoamérica, así como de los nuevos retos que presenta esta materia.

En nuestro anterior número expusimos dos pilares de la educación: la investigación y la innovación. Este sexto número virtual plantea otro pilar importante para la transformación de la educación en nuestro país: la multidisciplinariedad. Nuestro Consejo editorial se ha percatado de una realidad reciente en el mundo académico y laboral; esta realidad plantea la necesidad de profesionales que puedan abarcar un mismo problema desde diversos enfoques. Nuestra Facultad ha advertido esta realidad y ha cambiado el pénsum de su carrera de Derecho incluyendo más asignaturas interdisciplinarias.

Hoy en día, el abogado y el politólogo no deben sentarse en un pedestal y analizar la realidad desde la lejana comodidad. Muy por el contrario, debe ser un profesional dispuesto a colaborar con el desarrollo de las otras profesiones, para así buscar soluciones más justas. Las ciencias exactas, la Economía, la Psicología, la Contaduría, la Ingeniería, entre otras ramas del conocimiento, están llamadas a entrelazarse entre sí y con las ciencias jurídicas y políticas, para asegurar una comprensión más exhaustiva de los problemas cotidianos que nos presenta nuestra ágil realidad, logrando además un progreso constante que asegura el desarrollo de un país. El abogado y el politólogo de la Universidad de La Sabana son profesionales que se caracterizan cada vez más por su interdisciplinariedad y por su capacidad para resolver situaciones desde la colaboración con otras áreas.

Sea esta la oportunidad para agradecer a todos los autores que publicaron en esta edición, al Dr. Carlos Fernández Ballesteros por concedernos la entrevista durante su breve estadía en Colombia, al Consejo editorial, a los colaboradores adjuntos, a la Subdirectora de la revista Stefanny Justinico Moreno y a nuestra profesora coordinadora Diana María Gómez Hoyos, así como también a la Comisión de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas que confió plenamente en nosotros para asumir las riendas de esta revista.

En este semestre seguimos con los avances que hemos presentado satisfactoriamente a lo largo de nuestros números, ampliamos nuestra recepción de artículos con contenidos pertenecientes a las Ciencias Políticas, nos vinculamos con varios estudiantes de universidades del extranjero, no solo de Latinoamérica, para llevar la expresión de lo justo a más rincones del mundo.

Estamos comprometidos con la inclusión de nuevos miembros de otras universidades para garantizar la pluralidad y nutrición que tanto queremos para DISSÊRTUM. En otras palabras, seguimos labrando el camino para alcanzar nuestra visión: ser una revista indexada en que los estudiantes de pregrado tengan la oportunidad de aportar a la generación de progreso a través de su investigación.

Julián David Ruiz Rondan

Director

Artículos de investigación

El Habeas Data en las redes sociales online: responsabilidad y vigilancia*

Diego Andrés Sotelo Vargas**

RESUMEN

Este artículo es el resultado parcial de la investigación sobre protección de datos personales en el internet, específicamente en las redes sociales. Se pretende establecer si el ámbito de protección nacional de los datos personales es lo suficientemente efectivo cuando se presentan fenómenos de carácter global como el flujo transfronterizo de información.

Al ser la protección de datos personales un derecho fundamental se debe crear un escenario adecuado para la protección de los mismos lo cual garantiza no solo este derecho sino muchos otros de los titulares de la información.

PALABRAS CLAVE

Protección de Datos personales, Dato personal de carácter sensible, modelos de regulación de la protección de datos personales, Habeas data, flujo transfronterizo de información.

ABSTRACT

This article is the partial result of research on protection of personal data in the Internet, specifically social networking. It seeks to establishing, whether the scope of protection of personal data is sufficiently effective when there are global phenomena such as cross-border flow of information.

When personal data protection is a fundamental right must create an appropriate setting for their protection which guarantees no west sun right but many of the owners of the information

KEYWORDS

Protection of Personal Data, personal information of a sensitive nature, patterns of regulation of personal data protection, habeas data, cross-border flow of information.

SUMARIO

1. El Habeas Data Como Derecho Fundamental. 2. El Striptease Informático Y La Pesca De Información. 3. ¿Quién Se Hace Responsable? 4. ¿Regulación O Auto Regulación? Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El ser humano desde siempre ha sido fuente de información, y a través de la historia se vio la ne-

cesidad de recopilar los datos de cada integrante de la sociedad, desde el censo en su forma más rústica, hasta la utilización de tecnologías y la condensación de forma virtual o electrónica. Ésta recolección de información permite determinar la clase de sociedad y las necesidades de esta, para así tomar las decisiones más acertadas dando como resultado cambios tanto en la sociedad como en la economía.

Este fenómeno es conocido como la informática:

> *"La palabra "informática" es un neologismo derivado de los vocablos información y automatización, sugerido por Phillipe Dreyfus en el año de 1962.*
>
> *En sentido general, la informática es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información para una mejor toma de decisiones desde el punto de vista de un sistema integrado"*[1].

El uso de la tecnología, en específico de la computadora y el internet, se han vuelto cada vez más indispensable y presente tanto en las organizaciones de diferentes tamaños, como en los hogares, lo que constituye una de las fuerzas sociales más poderosas, generando aspectos positivos y negativos.

En cuanto a los aspectos positivos, solo tienen como límite el ingenio humano, ya que son aplicables a todos los campos sociales mejorando los resultados y la productividad. En el derecho, la tecnología tiene implicaciones ya que puede mejorar la preservación y recolección de documentos jurídicos e incluso, hacer más ágil la administración de justicia. Por otro lado están las implicaciones negativas que pueden verse en problemas psicológicos y hasta físicos, a lo que se añaden los problemas de carácter jurídico como lo son la confidencialidad de la información, la seguridad y los demás delitos informáticos.

Adviértase que frente a lo anteriormente dicho, está presente un administrador responsable, que garantiza el buen uso de la información, ya sea el Estado o un privado que brinde las medidas necesarias de seguridad para la recolección y utilización de dicha información. Ahora, se comprende que existe un ente determinable que realiza la función y se le puede endilgar la responsabilidad en caso de perjuicio, pero cuando estamos frente a fenómenos de las redes sociales, se dificulta la tarea de determinar quién es el infractor y ante quien recae la responsabilidad por la utilización de los datos personales.

No obstante el derecho no puede permitirse dejar este nuevo fenómeno social por fuera de sus alcances, ya que con el uso de la computadora y el internet, se han generado nuevas situaciones de riesgo, que si bien son de interacción virtual, tienen consecuencias materiales.

Por tal razón, se requiere una reglamentación imperativa o coercitiva que busque proteger los intereses del individuo y las relaciones que se den con el internet especialmente con las redes sociales y el fenómeno de la recolección universal de datos personales. Es decir, el fin es crear un espacio jurídico para que un tercero que acceda a esos datos personales no genere un perjuicio en la forma de recolección y de uso.

METODOLOGÍA

Se trata de una investigación descriptiva y documental, básicamente tendiente a determinar la formulación de un problema jurídico específico y que implica establecer cuál es el ámbito jurídico de protección para los datos personales que fluyen por las páginas web especialmente en las redes sociales.

Inicialmente se hace el análisis de la Declaración de derechos y responsabilidades de la red social Facebook entre otras redes sociales, y en segundo lugar, se hace un cotejo con la Ley 1266 de 2008 y la Ley 1581 de 2012 junto con el artículo 15 de la Constitución Política de 1991 entre otras disposiciones legales de carácter nacional e internacional. En tercer lugar, se analiza la perspectiva de la protección de datos personales en el internet, su uso y recolección tanto por páginas web y redes sociales como por terceros no determinados y finalmente se compara la situación planteada con las tendencias de protección de datos personales europeas con el fin de dilucidar el problema jurídico central de la investigación.

De la misma forma se efectuó una revisión de la doctrina nacional y comparada sobre el tema, tendiente a verificar la existencia de tensión frente a la problemática planteada.

1. El Habeas Data como derecho fundamental

A finales de los sesenta del siglo XX, la ONU advertía sobre las posibles amenazas del uso inadecuado de las computadoras a través de beneficios propios o ajenos en detrimento de intereses de terceras personas. Diez años más adelante, con la primera Ley de datos de 1970, empiezan a surgir las primeras inquietudes respecto a las eventuales repercusiones del uso de las computadoras y el fenómeno informático.

No obstante era necesario que se le diera un tratamiento constitucional a los datos personales, ya que con dicho tratamiento, se les brindaba protección a otros derechos (el buen nombre, el debido proceso, intimidad, entre otros) y libertades, siendo necesario un trato decente a los datos de las personas como titulares de la información.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 12 señala:

> *Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*[2]

Ratifica la trascendencia de la esfera íntima de la persona y la protección de la información y datos que de ésta puedan emanar. Igualmente la Declaración de Santa Cruz de la Sierra de los jefes de Estado y de gobierno de los países iberoamericanos dice:

> *45. Asimismo somos conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad*[3].

Otro claro ejemplo es la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea en su artículo 8:

> *Artículo 8. Protección de datos de carácter personal: Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.*[4]

En las constituciones latinoamericanas es una constante la mención de temas sobre datos personales, es decir hay disposiciones referentes a aspectos relacionados con la protección de datos personales. República Dominicana introduce en el 2010 el listado de principios constitucionales por los cuales se regirá el tratamiento de datos personales:

> *Artículo 44.- Derecho a la intimidad y el honor personal. Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho*

al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:

El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;

Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio, salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;

El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley[5].

Por otro lado, solo México con su reforma constitucional de 2009 deja de manera explícita el derecho fundamental a la "protección de los datos personales":

> *Artículo 16. (...) toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. (...)*[6].

(Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 1 de junio de 2009)

El panorama general en Latinoamérica sobre la constitucionalización de la protección de datos personales se encuentra en la siguiente tabla:

Aspectos sobre protección de datos personales explícitamente incorporados en las constituciones latinoamericanas

Aspecto sobre protección de datos personales	País y articulo de la constitución que explícitamente se refiere a cada aspecto
Mención del dato personal, información personal o dato	Argentina (Art.43), Bolivia(Art.130), Brasil (Art. 5 LXXII), Colombia (Art.15),Ecuador (Art.94),Honduras (Art.182), México (Arts.6,16 y 20 Lit C-V), Nicaragua (Art.26), Paraguay (Art.135), Perú (Art.2 No. 6), Republica Dominicana (Art.44No.2), Venezuela (Art.28)
Derecho a la protección de datos personales	México (Art.16)
Derecho a conocer datos contenidos en bases de datos públicos y privados	Argentina (Art.43), Bolivia (Art.130),Colombia (Art.15),Ecuador (Art.94),Honduras (Art.182), México (Art.16), Paraguay (Art.135), Republica Dominicana (Art. 44 No. 2) Venezuela (Art. 28)
Derecho a conocer datos contenidos solamente en bases de datos públicos	Brasil (Art. 5, LXXII), Guatemala (Art.31), Mexico (Art.6), Nicaragua (Art.26)
Derecho a conocer la finalidad del uso de los datos	Argentina (Art.43), Ecuador (Art.94), Guatemala (Art.31), Nicaragua (Art. 26), Paraguay (Art.135), Republica Dominicana (Art. 44 No. 2), Venezuela(Art.28)
Derecho a conocer el uso que se le da a los datos	Paraguay (Art.135),Republica Dominicana (Art. 44 No. 2), Venezuela(Art.28)
Derecho a exigir actualización de los datos	Argentina (Art.43), Colombia (Art.15), Ecuador (Art.94),Guatemala (Art.31), Honduras (Art.182), Paraguay (Art.135), Republica Dominicana (Art.40 No.2 y 70), Venezuela(Art.28)
Derecho a solicitar rectificación o corrección	Argentina (Art.43), Bolivia (Art.130), Brasil (Art.5 LXXII), Colombia (Art.15), Ecuador (Art.94), Guatemala (Art. 31), Honduras (Art. 182), México(Art.6 y16), Paraguay (Art.135), Republica Dominicana (Art. 40 No.2 y 70), Venezuela(Art.28)
Derecho a solicitar supresión, eliminación, destrucción o cancelación del dato	Argentina(Art.43), Bolivia(Art.130), Ecuador(Art.94), Honduras(Art.182), México(Art 16), Paraguay(Art.135), Republica Dominicana (Art.40 No.2 y 70), Venezuela(Art.28)
Derecho a exigir confidencialidad sobre los datos	Argentina (Art.43),Honduras (Art.182), Republica Dominicana (Art.70)

Aspecto sobre protección de datos personales	País y articulo de la constitución que explícitamente se refiere a cada aspecto
Derecho a impedir transmisión o divulgación de la información	Honduras (Art.182)
Derecho de oposición	México (Art 16), Republica Dominicana (Art.44 No. 2)
Tratamiento de datos	Colombia (Art. 15), Republica Dominicana (Art. 44 No. 2)
Recolección de datos	Colombia (Art.15)
Circulación de datos	Colombia (Art.15)
Acción o garantía de habeas data	Brasil (Art.5 LXXII), Ecuador (Art.94), Honduras (Art.182), Paraguay (Art.135), Perú (Art. 200 No.3), Republica Dominicana (Art. 70), Venezuela (Art.281)
Acción de amparo	Argentina (Art.43)
Acción de protección de privacidad	Bolivia (Art.130)
Principio de calidad en el tratamiento de datos personales	República Dominicana (Art.44 No. 2)
Principio de licitud en el tratamiento de datos personales	República Dominicana (Art.44 No. 2)
Principio de lealtad en el tratamiento de datos personales	República Dominicana (Art.44 No. 2)
Principio de seguridad en el tratamiento de datos personales	República Dominicana (Art.44 No. 2)
Principio de finalidad en el tratamiento de datos personales	República Dominicana (Art.44 No. 2)

[7] Fuente: Nelson Remolina, (2012). p. 209-211

Sin ser excepción, el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia versa sobre temas de datos personales, pero no lo menciona de manera explícita en el articulado; deja entre dicho la función del Estado frente a estas menciones, ya que este debe respetar, pero aun más importante es jugar como garante y hacerlos respetar incondicionalmente.

El Habeas data aparece como una creación jurisprudencial dándose tres etapas de este derecho a través de las sentencias de constitucionalidad. Inicialmente se le interpretó como una garantía al derecho a la intimidad, en la segunda etapa se interpreta como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y con posterioridad es entendido como un derecho autónomo compuesto por la autodeterminación informática y la libertad.

Respecto a su contenido, la Honorable Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera:

> *"(i) el derecho de las personas a conocer -acceso- la información que sobre ellas está recogidas en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a un incluir nuevos datos con el fin de que se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa"*[8].

Conviene señalar que este derecho fundamental que se consagró en nuestra Constitución y en otras legislaciones internacionales, no busca proteger los intereses de los administradores de datos personales o archivos, sino por el contrario, está encaminado a que el tratamiento de los datos personales se realice de la mejor manera posible y no se vulneren los derechos fundamentales de los titulares de la información.

Por eso *"se propone entender por derecho a la protección de datos a la suma de principios, derechos y garantías establecidos en favor de las personas que pudieran verse perjudicadas con el tratamiento de los datos personales"*[9]. Ya que esta es una herramienta jurídica que debe garantizar a la persona su protección del tratamiento indebido o ilegal que se le pueda dar a sus datos personales; debe ser exigible al administrador o responsable del tratamiento que cumpla con su tarea de manera legal y ética.

Análogamente la Corte Constitucional ha señalado que *"En concepto de esta Corporación existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante"*[10], debido a que su finalidad es asegurar los intereses morales de los titulares de la información ya que estos no pueden renunciar del todo a su intimidad; este acto sería nulo.

Al llegar aquí, es cuando encontramos la problemática de las redes sociales y el fenómeno de la recolección internacional de datos. A esto se añade que la regla general en las redes sociales es la falta de garantías en cuanto al uso y manejo de los datos personales de aquellos usuarios que depositan su información sin tener en cuenta los riesgos a la que la dejan expuesta y sin saber que es muy poco probable poder responsabilizar al administrador de los datos o a un tercero que no se encuentra dentro del territorio nacional.

2. El striptease informático y la pesca de información

A menudo los usuarios al ingresar a internet y en especial a las redes sociales, no se toman la molestia de plantearse la idea de que ninguna red social es gratuita, ya que los datos personales son el principal insumo de estas, es decir se ha vuelto la industria del dato, debido a que la información que se encuentra en ellas se usa como referente para el marketing, ya que es más fácil saber qué desean las personas y estas a su vez son blanco de publicidad.

A consecuencia de esta situación, la gente deposita cantidades inimaginables de información (cabe anotar que no toda información es un dato personal). Ahora bien, en las redes sociales sí fluyen muchos datos personales y como agravante, por lo general, son de carácter sensible, estos últimos son aquellos que por su importancia pueden afectar la esfera más íntima de la persona, o que ocasionen su discriminación lo que conlleva a perfiles virtuales que dan idea de quién es una persona pero que en realidad se convierten en una huella digital que permite menoscabo.

Un concepto más amplio lo trae el Tribunal Constitucional Federal Alemán con la sentencia del 15 de diciembre de 1983 que:

> *"configuró a partir del derecho general a la personalidad que consagra el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, la facultad del individuo derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuando y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida (…) el grado de sensibilidad de las informaciones ya no depende únicamente de si afectan o no a procesos de la intimidad. Hace falta, más bien, conocer la relación de utilización de un dato para poder determinar sus implicaciones para el derecho de la personalidad"*[11].

Si bien es necesario hacer hincapié en este hecho al decir que *"Estos usuarios prácticamente se desnudan en internet, sin saber que están condenados a ser esclavos vitalicios de la información que publiquen así traten de eliminarla (…)"*[12]. Ya que en la mayoría de redes sociales, por ejemplo Facebook a pesar de cerrar la cuenta del usuario, la red social guarda una copia de seguridad, lo que evita que el usuario que realmente desea retirar su información y salir de red social, no lo pueda hacer de forma completa lo que igualmente vislumbra el denominado derecho al olvido, que básicamente se refiere a la cancelación, rectificación, oposición y por ende desvinculación de datos personales perjudiciales a la persona real.

A esto se añade el riesgo que implica tratamiento inadecuado de los datos personales:

> *La peligrosidad del uso inadecuado de las tecnologías de la información para algunos derechos humanos se pone de manifiesto, básicamente, a través de las siguientes circunstancias: (1) La publicación de datos que por su naturaleza pertenecen a la esfera íntima de la persona o que pueden ser tomados como elementos para prácticas discriminatorias; (2) La publicación de información errónea, inexacta, incompleta, desactualizada, parcializada, etc.; (3) La potencialidad de la informática para recopilar y almacenar masivamente datos de cualquier naturaleza sobre las personas y la facilidad para acceder a esa información; (4) La manipulación y/o "cruce" de los datos almacenados que permiten crear perfiles virtuales de las personas (conocer sus pautas de comportamiento, sus tendencias políticas, religiosas, sexuales, entre otras), que pueden resultar valoradas, bien o mal, para las más diversas actividades públicas o privadas; (5) el riesgo de que la información de las personas sea conocida y manipulada por grupos ilegales para diferentes fines (terrorismo, chantajes, extorsiones, saboteos, discriminaciones, etc.) y (6) La utilización de la información para fines no permitidos por la ley o no autorizados por el titular del dato."*[13]

De lo dicho, se puede inferir que si bien el usuario es el titular de la información, se le debe garantizar el buen tratamiento a sus datos personales, o de lo contrario se le estarían violentando más derechos de carácter fundamental, que afectan tanto su honor como la buena imagen que él como persona ha de tener frente a la sociedad.

La mayoría de las características anteriormente mencionadas, se materializan cuando la buena fe y la confianza de los usuarios llevan a compartir información privada o de carácter sensible, asumiendo que no se utilizarán en forma maliciosa. Pero usuarios malintencionados suelen crear perfiles con identificaciones falsas o de terceros o empresas usando hasta información real o manipulada para chantajear a los demás usuarios o simplemente con el fin de generar un perjuicio a su buen nombre, es decir *"En el campo de la seguridad informática, ingeniería social es la práctica de obtener información confidencial a través de la manipulación de usuarios legítimos"*[14].

No obstante, el usuario y titular de los datos deseará que se elimine la información errónea o falsa que se ha subido a su nombre y que le está produciendo perjuicios, toda vez que sus datos se están usando para un fin que no fue autorizado por el perjudicado. Así pues, debe encontrarse el responsable, directo o indirecto, del mal uso de sus datos personales y posteriormente buscarla la indemnización y reparación de daños.

Colombia cuenta con herramientas jurídicas para que el usuario que se vea afectado pueda defender sus derechos siempre y cuando el usuario malintencionado se encuentre dentro del territorio nacional. Pero al ser una red social de carácter global, el daño lo puede ocasionar un tercero de otro país, es decir alguien estando en "A" toma los datos de cualquier persona que se encuentra en "B", y hace de esta información un mal uso y como la red social no es un administrador responsable se facilita la tarea de recolección de la información directamente de las personas. Este fenómeno es lo que se conoce como pesca de información. Los ejemplos abundan, empezando por el dueño y creador de Facebook, Mark Zuckerberg, quien fue víctima de los hackers que ingresaron a su cuenta e hicieron pública información y fotografías; esto despierta alertas en torno a la seguridad que ofrece el sitio.

3. ¿Quién se hace responsable?

Ahora bien, cabe señalar que al realizarse este tipo de conductas puede haber consecuencias civiles y hasta penales dentro ámbito nacional. Pero en el fenómeno del flujo de datos transfronterizos se ve limitado el actuar del Estado y del individuo afectado; a esto se añade la falta de compromiso de la red social, en este caso de la más grande del mundo Facebook, que resulta irrisorio cuando en su *Declaración de derechos y responsabilidades* (2012), da una posición *de "agradezca que lo dejamos usar la red social y que nos de sus datos personales"* cuando expresa: *"2.5. Siempre valoramos tus comentarios o sugerencias acerca de Facebook, pero debes entender que podríamos utilizarlos sin obligación de compensarte por ello (del mismo modo que tú no tienes obligación de ofrecerlos)"*[15].

A esto se añade que todas las autoridades policiales y judiciales del mundo tienen acceso a los datos que se encuentran en poder de Facebook, ya que es la fuente más completa sobre cada individuo, sus gustos, actividades, posturas políticas, creencias religiosas entre otras, y cuando Facebook recibe una solicitud de información de una autoridad judicial no está obligada a notificar al titular de la información.

Después de esa aclaración hay que formularse dos preguntas ¿a quién le regalé mis datos personales? y ¿qué términos de uso acepté? Lo que lleva a determinar el tipo de contrato en el usuario y la red social (Facebook).

Es común en internet y las redes sociales el contrato por adhesión online, en el que la relación

jurídica nace de la prestación del servicio entre la empresa titular del sitio web y el usuario. Los contratos por adhesión son aquellos en los cuales el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes, al que se deberá adherir el contratante que desee formalizar la relación jurídica obligatoria.

Es decir, el usuario no tiene otra medida al realizar el proceso de registro en sitios tales como Facebook, Hi5, Orkut, que aceptar o rechazar el contenido contractual. Pero uno de los elementos contractuales es la capacidad jurídica; a esto Facebook hace claridad que *"si eres menor de 13 años no usarás Facebook"*[16], pero el problema continúa ya que la capacidad jurídica negocial en Colombia se adquiere a los 18 años, por lo cual *"un contrato por medios electrónicos, siguiendo las leyes tradicionales, será jurídicamente nulo en el caso de incapacidad absoluta o relativa de cualquiera de las partes"*[17].

A esto se añade otra problemática jurídica, y es, hasta qué punto sí hay un verdadero consentimiento por parte del usuario al aceptar las cláusulas del contrato, ya que la mayoría de los usuarios no suelen leer con detenimiento los términos y condiciones de uso de la red social, además de la falta de conocimiento técnico y jurídico cuando se enfrentan a este tipo de situaciones. Es normal que en esta clase de contratos estén presentes cláusulas abusivas que buscan reducir su responsabilidad en perjuicio del usuario final, es decir, violando derechos de este último, lo que genera una situación de desequilibrio.

La jurisdicción pactada (como cláusula abusiva) en el contrato generalmente es la de países extranjeros, por ejemplo la cláusula de Facebook (2012):

> *16.1 Resolverás cualquier demanda, causa de acción o conflicto (colectivamente, "demanda") que tengas con nosotros surgida de o relacionada con la presente Declaración o exclusivamente con Facebook en un tribunal estatal o federal del condado de Santa Clara. Las leyes del Estado de California rigen esta Declaración, así como cualquier demanda que pudiera surgir entre tú y nosotros, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes. Aceptas someterte a la competencia de los tribunales del condado de Santa Clara, California, con el fin de litigar dichas demandas*[18].

Esta prórroga resulta inaccesible para el contratante débil, es decir el usuario, lo que niega la posibilidad de poder ejercer sus derechos ya que tiene una excesiva onerosidad por la distancia y que además hace litigar en una jurisdicción distinta a la natural, lo que hace ilusorio tener protección frente a los derechos vulnerados.

Ahora interesa extraer de lo dicho, el modo de endilgar responsabilidad tanto al usuario mal intencionado, como a la red social que cuenta con nuestros datos. Entonces los elementos básicos para que exista responsabilidad son tres: *"el daño, la imputación de este a un autor específico, mediando una relación de causalidad al desempeño de una actividad peligrosa o la existencia de un riesgo"*[19].

Así bien, se pueden determinar dos tipos de responsabilidades, una objetiva (directa) al poder imputársele a un autor en específico (usuario mal intencionado), y una subjetiva (indirecta) ya que media una relación de causalidad al desempeño de la actividad (red social o el proveedor de servicios de internet). Lo que conlleva a la afección o el daño al usuario que puede ser de dos tipos: *"de carácter patrimonial, es decir lucro cesante y daño emergente […] y […] extra patrimonial, que se refiere al daño moral, a la proyección de la persona y su integridad afectiva (…)"*[20].

Siguiendo con los tipos de responsabilidad, la primera (objetiva), es imputable a un autor específico que puede ser el PSI o la red social al hacer directamente mal uso de los datos personales o un tercero; en este caso el perjuicio lo genera un tercero al realizar una conducta punible como un delito informático, y estos a su vez generan la segunda clase de responsabilidad (subjetiva) ya que la red social o los PSI crean el espacio para que terceros coloquen el contenido mal intencionado y además permiten el acceso de terceros al contenido, pero esta segunda clase es más compleja. Para dar unos ejemplos de cómo se genera la responsabilidad subjetiva, se puede apelar al sistema Español y al Americano.

En el primer sistema es necesario que para endilgar la responsabilidad al PSI debido a un tercero, la persona afectada acuda ante el órgano competente y exponga su situación, y si el órgano competente determina la ilicitud de los contenidos, ordene el retiro de la información o se imposibilite el acceso a ésta. Por el lado del sistema Americano, a primera vista se ve más ágil y garantista, ya que el particular acude ante el PSI y expone su situación de la cual está siendo afectado y el PSI debe mirar si es realmente perjudicado e inmediatamente retirar los contenidos; de no ser así, se genera la responsabilidad ya que no toma las medidas para que no se siga con tal infracción, es lo que se ha denominado "notice and takedown".

Frente a estos sistemas surgen interrogantes: ¿qué pasa con el principio de continuidad de la protección cuando la información va del país "A" al "B" o al "C"?, ¿será que nuestro aparato judicial puede resolver estos casos cuando este fenómeno no le da la competencia? y ¿qué pueden hacer los Estados frente a recolección de datos personales extraterritoriales?

4. Regulación o autorregulación

Hasta aquí podemos percibir las irregularidades que se presentan frente a la protección de los datos personales en las redes sociales (Facebook y otros). Ahora hay que concentrarse en la regulación que se le da al tema o la autorregulación que debe tener la red social y por ende el usuario cuando está a punto de ingresar a ésta.

Este fenómeno ha obligado a varios Estados a regular el asunto. Es el caso de la denominada Ley Facebook que se crea en Alemania, debido a que los empleadores le solicitaban a sus trabajadores la clave de acceso a Facebook, para revisar los datos personales o les exigían que aceptaran a su jefe entre su grupo de amigos con el fin de poder determinar qué actividades realizaba el empleado. Frente a esta situación, Alemania expide la ley con el fin de limitar esta arbitrariedad no sólo por violación a la intimidad, sino como medida para evitar la discriminación de personas que son competentes para el cargo, pero que por la información de su perfil no coincidan con las del empleador. Estados Unidos tiene la misma iniciativa; habrá que ver los resultados que se generan.

En Colombia, la Ley 1266 de 2008[21] es muy laxa frente situaciones como las descritas, empezando porque es una legislación sectorial, no brinda protección en el campo de las comunicaciones electrónicas, carece de herramientas jurídicas para proteger al titular contra el uso abusivo de las tecnologías de la información. No es sino hasta con la promulgación de la Ley 1273 de 2009[22] que modifica el Código Penal en su artículo 53, produciéndose como agravante el uso de medios informáticos, electrónicos o telemáticos para la realización de conductas punibles. El artículo 269 F es lo más cercano, pero aun así no se sabe si quedan por fuera los datos de carácter sensible que se han usado de manera errónea por fuera del Estado ya que el artículo 10 del Código Penal exige que la conducta debe ser definida de manera "inequívoca, expresa y clara"[23]:

> *Artículo 269F: Violación de datos personales. El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Entonces, si por el mal uso de datos personales de carácter sensible que son los que fluyen en las

redes sociales, el titular de la información tiene como herramienta el título V del Código Penal que versa sobre "delitos contra la integridad moral", esto siempre y cuando el tercero que genera el perjuicio esté en territorio nacional, igualmente podrá hacer uso del título I del Libro II del Código Penal que con la Ley 1482 de 2011[24] introduce el Capítulo IX "De los actos de discriminación", pero como el fenómeno va más allá se ve limitado cuando la conducta punible es transfronteriza.

Por el contrario, hay leyes con la iniciativa transfronteriza para afrontar estas problemáticas como lo es la Ley 679 de 2001[25]; en su artículo 13 sobre acciones de cooperación internacional establece: *"El Gobierno Nacional tomará las medidas necesarias para defender los derechos fundamentales de los niños y aumentar la eficacia de las normas de la presente ley, mediante acciones de cooperación internacional acordes con el carácter mundial del problema de la explotación sexual, (…)"*; esta disposición es a la que debe apuntar la legislación del habeas data: a la cooperación internacional y se tomen medidas tecnológicas como en el caso de derechos de autor, para bloquear o rastrear al pescador de información, garantizando así que la protección sea integral, debido a que al ser todas leyes sectoriales y muchas acomodándolas a la realidad, dejan un gran margen de desprotección para el titular de la información.

Ahora resulta necesario manifestar que el internet no solo puede regirse por códigos de conducta o listados de ética, que si bien mencionan cómo sería un uso responsable, no brinda una herramienta jurídica coercitiva; más bien debería concebirse una legislación que sea coercitiva, eficiente y eficaz basada en la tecno ética, esto es:

> *Una combinación de la mente con la tecnología y su objetivo es establecer principios que procuren controlar el alcance arrasador de la información, pretendiendo el control de una sociedad de conocimiento gestionada con reglas éticas. La combinación de contrastes como el pasado y el futuro, lo natural y lo artificial, lo espiritual y lo material han surgido en esta nueva sociedad y es necesario, redefinir los objetivos, usos y alcances de la tecnología en convivencia con el ser humano.*[26]

La Honorable Corte Constitucional con la primera sentencia que profiere referente a este tema, deja en claro la escasa regulación y conocimiento jurídico sobre estos casos refiriéndose en los siguientes términos:

> *"En lo que respecta a la posible vulneración del derecho fundamental al habeas data, entendido este como la garantía de protección de datos, y en el caso específico de las redes sociales digitales, de la protección de datos personales y de datos sensibles, no existe mayor normatividad en la legislación nacional que regule lo referente a la protección de los mismos en casos de menores de edad.(…) se precisa que la resolución de la situación fáctica puesta en conocimiento de esta Sala se resolverá a partir de las disposiciones constitucionales y de la posible afectación de derechos fundamentales contenidos tanto en el ordenamiento interno como internacional y, no a partir de la regulación establecida por la red social Facebook, pues la vulneración del contenido de un derecho fundamental no depende de la transgresión o acatamiento de éstas"*[27] *(Sentencia T 260 de 2012).*

A estos requerimientos parece que responde el Proyecto de Ley estatutaria a la que se refiere la sentencia T 260 de 2012. En la actualidad, Ley 1581 de 2012[28] *"Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales", cuando en su artículo 2 sobre el Ámbito de aplicación dice "(…)*La presente ley aplicará al Tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.(…)"; el artículo 5 versa sobre los Datos sensibles; el artículo 6 sobre el Tratamiento de datos sensibles, prohibiendo tratamiento de estos salvo unas causales específicas contenidas en el mismo artículo; el artículo 12 trata del deber de informar al titular, para que van a ser usados sus datos; el artículo 19 sobre autoridad de protección de datos, que designa a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que a través de ésta se cree una Delegatura encargada de la protección de datos personales.

En cuanto al fenómeno de flujo internacional de datos personales aparece el artículo 26, que prohíbe la transferencia a países que no tengan el nivel adecuado de protección igualmente dice *"(…)Esta prohibición no regirá cuando se trate de: a) Información respecto de la cual el Titular haya otorgado su autorización expresa e inequívoca para la transferencia. (…)"*; cuando dice expresa e inequívoca tal vez cabe la posibilidad de generar responsabilidad o anular el contrato con Facebook.

Los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, hacen el salvamento de voto a la sentencia C – 748 de 2011 frente a varios puntos del proyecto de ley, por ejemplo:

> *El inadecuado "trasplante normativo" que hizo el legislador estatutario, llevó a que se fijara como autoridad de control para el tratamiento de datos personales a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Además de las incontables dificultades prácticas que eso genera, la ausencia de una autoridad independiente es manifiestamente contraria al principio de imparcialidad que informa a la función pública, por la sencilla razón que buena parte del tratamiento de datos personales es efectuado por autoridades estatales, tanto a nivel nacional como territorial. Esto exigía que la autoridad colombiana de protección de datos, como sucede con sus pares en el derecho comparado, no hiciera parte del Ejecutivo.*[29]

En la sentencia mencionada se declara la exequibilidad del Proyecto de Ley estatutaria, salvo algunos artículos o palabras. Es de esperar los resultados que esta ley pueda llegar a brindar a la protección de los datos personales ya que apenas empezó a regir en abril de 2013 por el régimen de transitividad de 6 meses dados desde su promulgación y en el caso en que se regule la materia de forma específica se deben atender las recomendaciones hechas en el memorándum de Montevideo principalmente las siguientes:

- "Fortalecer el uso de la responsabilidad civil extracontractual objetiva como mecanismo regulatorio para garantizar los derechos fundamentales en las aplicaciones en la Sociedad de la Información y Conocimiento, Internet y redes sociales digitales.
- Desarrollarse y difundirse una base de datos sobre casos y decisiones (fallos judiciales o resoluciones administrativas anonimizadas) vinculada a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, en especial a Internet y las redes sociales digitales, que sería un instrumento para que los jueces puedan apreciar el contexto nacional e internacional en el que están decidiendo"30.

Y las recomendaciones hechas por la Agencia Española de Protección de Datos, en especial el reconocimiento que hace a la aplicación legal frente a aquellos prestadores o redes sociales cuyos domicilios no se encuentren dentro del Estado pero que se puede determinar que prestan el servicio en el mismo:

> *"La LSSI-CE (Ley de Servicios de la Sociedad de Información de España) contempla su aplicación a "los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo". Así, su artículo 4 dispone que a estos prestadores les sea de aplicación los artículos sobre la libre prestación de los servicios*

y sobre colaboración de los prestadores de servicios de intermediación para interrumpir el servicio o retirar determinados contenidos cuando lo haya declarado un órgano español competente sobre la licitud de los mismos.

Para determinarlos se tendrá en cuenta:

- Si disponen de la extensión de nombre de dominio .es registrada ante Nic.es u operan a través de nombres de dominio "es.redsocial.com" o "redsocial.com/es"
- Si el sitio web se encuentra en castellano.
- Si tiene política de privacidad específica.
- Si el sitio web, por su apariencia y contenido, pudiera llegar a dar a entender que se dirige al territorio de España.
- Si la publicidad realizada es de productos y servicios distribuidos desde España"31.

Todo lo anterior, para saber que si se permite la autorregulación, se atenderán primero las exigencias y necesidades de la industria y muy difícilmente la de los individuos que son los que han dado el insumo, lo que hace aún más amplio su ámbito de desprotección legal debido a que los usuarios no cuentan con presupuesto, tiempo ni conocimiento para determinar el nivel de seguridad que ofrece cada página o red social; a diferencia de una regulación gubernamental que puede ofrecer confianza y un marco legal estable homogéneo internacionalmente en el mejor de los casos y con las herramientas para efectivizarlo.

Conclusiones

Estamos en una época de globalización y auge de las nuevas tecnologías. Sin embargo, aunque estas han contribuido a mejorar las condiciones de vida del ser humano, también han generado complicaciones en nuestro sistema de comunicación y recepción, lo que da lugar a un conjunto de relaciones altamente complejas y asimétricas presentes tanto en la red social, como entre usuarios.

Al ser este un fenómeno global, no se puede tratar de solucionar con legislación local. Es decir, de nada sirve la inflación legislativa sobre el tema si no existe un elemento común entre los Estados que sea vinculante para la debida protección de los datos personales ante cualquier situación, porque no puede seguir la situación jurídica de que existen muchos países, muchas leyes y un solo internet.

De lo cual surge la necesidad de crear una convención internacional de protección de datos, en la cual, impere la cooperación internacional de cada Estado, para así así poder establecer una jurisdicción para este tipo de casos, procurando como resultado, mecanismos y autoridades que realmente velen y garanticen por la protección de los datos personales, al considerarse un derecho fundamental.

Igualmente es necesaria la educación sobre el tema para tomar conciencia, ya que no pueden ser solo políticas restrictivas sino por el contrario, debe propenderse por mejorar la eficiencia al ser políticas paralelamente preventivas para que el ciudadano común entienda los riesgos que corre, el tratamiento y destinación que tienen sus datos, en este caso en las redes sociales. Pero la educación no puede ser solo para los usuarios, se debe formar en el derecho informático a jueces, magistrados, es decir al aparato judicial en general.

Otra solución es la presión gubernamental. Brasil está entre los puestos más altos de Estados que solicitan a Google que retire contenidos de usuarios falsos o perfiles de la red social Orkut que promueven la prostitución y el turismo sexual en su país. Google no dio respuesta sino hasta que el gobierno de Brasil amenazara con cancelar el funcionamiento de sus instalaciones en el país; así, Google dio respuesta positiva a las peticiones de dicho país. Igualmente los Estados en la legislación pueden adoptar medidas "*Opt In*", es decir son medidas que propenden por la solicitud expresa de autorización previa al hecho de recolección.

Ahora bien, el uso de las redes sociales así mismo puede ayudar a estar en contacto con los ciudadanos, ya que esta información o el suministro de datos personales son el insumo del gobierno electrónico, lo que facilita en alguna medida la toma de decisiones o simplemente como medio para estar en contacto con la población y con sus necesidades.

Aquellos que pensaban que la vigilancia permanente que se mostraba en la obra *1948 de George Orwell* era distante, es probable que justo ahora tenga una cuenta activa en una red social. Es esta situación la que obliga a mirar la dignidad del ser humano y su protección desde el prisma de la justicia internacional, y como bien se sabe con el internet pasa igual que con la hidra mitológica, si se le cortaba una cabeza, rebrotan siete.

Bibliografía

Legislación

Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea.

Constitución de la República Dominicana.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración de Santa Cruz de la Sierra de los jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos, 2003.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Facebook. Actualización de la Declaración de derechos y responsabilidades. 2012.

Ley 1266 de 2008. 31 de diciembre de 2008. D. O. No. 47.219.

Ley 1273 de 2009. 5 de enero de 2009. D. O. No. 47.223.

Ley 1482 de 2011. 1 de diciembre de 2011. D. O. No. 48.270.

Ley 1581 de 2012. 18 de octubre de 2012. D.O. 48.587.

Ley 679 de 2001. 4 de agosto de 2001. D. O. No. 44.509.

Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 D. O. No. 44.097.

Memorándum de Montevideo. Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular de niños, niñas y adolescentes. Montevideo, Instituto de investigación para la justicia, 2009.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-748 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-227 de 2003 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-260 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Doctrina

ESCOBAR, Eduardo., L. MARULANDA, *El derecho a la intimidad, segunda edición*. Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2004. P.136.

GUERRA, Yolanda., *Derecho y tecnología*. Colombia, Centro de investigaciones socio-jurídicas, Universidad Santo Tomas, Tunja. 2012.

María ROCÍO, A. Madrid, H. Zubieta, D. Peña, & A. Burgos, *El contrato por medios electrónicos*. Colombia: Departamento de derecho de los negocios, Universidad Externado de Colombia, 2003.

PIÑAR, José, *Foro sobre protección de datos personales*. Colombia: Defensoría del pueblo. 2004.

REMOLINA, Nelson., *"striptease" informativo, redes sociales, ley de protección de datos personales y ética empresarial", Ámbito jurídico* 15 al 28 de Noviembre de 2010.

REMOLINA, Nelson., *¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?*, International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 16, 2010. 489-524.

Remolina, Nelson., "*Insuficiencia de la regulación latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet*", Revista Colombiana Quaestiones Disputatae 2, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, 2012.

TÉLLEZ, Julio., *Derecho informático*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Notas

* El ensayo obtuvo una mención de investigación en la undécima versión del concurso nacional de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada (2012-2013) organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

** Diego Andrés Sotelo Vargas. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Facultad de Derecho. 7° semestre. Correo: diegosotelo.abogado@gmail.com. Estudiante investigador del módulo de Laboral, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.

1. Julio Téllez, *Derecho informático*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 11.
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. En: http://www.derechoshumanos.net, fecha de consulta: 23-III-2012.
3. Organización de Estados Iberoamericanos, Declaración de Santa Cruz de la Sierra de los jefes de Estado y de gobierno de los países iberoamericanos, 2003. En: http://www.oei.es/xiiicumbredec.htm, fecha de consulta: 12-III-2012.
4. Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 2000. En: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, fecha de consulta: 15-II-2012.
5. Constitución de la República Dominicana. En: http://www.jmarcano.com/mipais/politicos/title2.html#title2_1, fecha de consulta: 25-I-2012.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En: http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9, fecha de consulta: Tomado el 9 de febrero de 2012.
7. Nelson Remolina, "Insuficiencia de la regulación latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet", *Revista Colombiana Quaestiones Disputatae 2*, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, (2012), pp. 179-226.
8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-748 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 6 de octubre de 2011).
9. Oscar Puchinelli y AA.VV., *Foro sobre protección de datos personales,* Colombia: Defensoría del Pueblo, 2004, p. 83.
10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 227 de 2003 (M.P. Mauricio González Cuervo: 17 de Marzo de 2003).
11. E. ESCOBAR, L. MARULANDA, *El derecho a la intimidad,* Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, segunda edición, 2004, p.136.
12. Nelson REMOLINA, "striptease" informativo, redes sociales, ley de protección de datos personales y ética empresarial", en Ámbito jurídico, 15 al 28 de Noviembre de 2010, p. 12.

13. Grupo de estudios en Internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática, *Documentos GECTI sobre el habeas data y la protección de datos personales*, Bogotá, Author., 20 de octubre de 2005, p. 8.

14. Yolanda Guerra, *Derecho y tecnología*, Tunja - Colombia, Centro de investigaciones socio-jurídicas, Universidad Santo Tomas, 2012, p. 65.

15. Facebook, "Actualización de la Declaración de derechos y responsabilidades", 15 de marzo de 2012, en https://www.facebook.com/note.php?note_id=10151417207465301, fecha de consulta: 15 de mayo de 2008.

16. Facebook, Ibíd.

17. María Rocio y AA. VV. *El contrato por medios electrónicos*. Colombia, Departamento de derecho de los negocios, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 161.

18. Facebook, óp. cit.

19. D. Peña y AA. VV. *El contrato por medios electrónicos*. Óp. Cit. p. 98.

20. Ibíd. P. 99.

21. Ley 1266 de 2008. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 2008. D. O. No. 47.219.

22. Ley 1273 de 2009. Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones. 5 de enero de 2009. D. O. No. 47.223.

23. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal 24 de julio de 2000. D. O. No. 44.097.

24. Ley 1482 de 2011. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.1 de diciembre de 2011. D. O. No. 48.270.

25. Ley 679 de 2001. Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. 4 de agosto de 2001. D. O. No. 44.509.

26. Yolanda Guerra, *Derecho y tecnología*, Óp. Cit. p. 68.

27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 260 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 29 de Marzo de 2012).

28. Ley 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. 18 de Octubre de 2012. D.O. 48.587.

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-748 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 6 de octubre de 2011).

30. Memorándum de Montevideo, *Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes*. Montevideo, Instituto de investigación para la justicia, 2009. p.8.

31. Agencia Española de Protección de Datos, *Estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line,* Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. INTECO, 2009, p. 108.

Incidencia de los principios de favorabilidad y territorialidad laboral en el teletrabajo a nivel internacional en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos*

Mónica María Nítola García, Andrea Cristina Rojas Figueroa**

RESUMEN

Con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Estados Unidos, en materia laboral se puede identificar la presencia de un vacío jurídico que puede llevar a posibles conflictos en las relaciones entre trabajadores y empleadores a nivel internacional. Dentro de este contexto, esta ponencia se enfoca en plantear una solución jurídicamente válida para proteger los intereses de los trabajadores a la luz de los principios de favorabilidad y territorialidad.

PALABRAS CLAVE

TLC, Colombia, Estados Unidos, globalización, teletrabajo, principio de favorabilidad, principio de territorialidad, relaciones internacionales entre empleador y trabajador.

ABSTRACT

With the entry into force of the Bilateral Investment Treaty between Colombia and the United States, it is possible to identify a legal void when it comes to labor law, which could lead to potential conflicts in the relationships between employees and employers in the international level. Within this context, this research is focused on finding a lawful and viable solution in order to protect the interests and rights of the workers, specifically under the guidance of the favorability and territoriality principles.

KEY WORDS

BIT (Bilateral Investment Treaty), Colombia, United States, globalization, telework, favorability principle, territoriality principle, international relations between employee and employer.

SUMARIO

1. Principio De Favorabilidad Y Territorialidad Laboral En Colombia. 1.1 Principio De Favorabilidad Laboral. 1.2 Principio De Territorialidad Laboral. 2. Principio De Favorabilidad Y Territorialidad Laboral En Estados Unidos. 2.1 Carolina Del Sur. 2.2 Nueva York. 2.3 Florida. 3. Doctrina Y Normatividad Internacional En El Marco Del TLC. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, debido a la globalización ya no es viable hablar de economías ni ordenamientos jurídicos completamente aislados. Las relaciones internacionales no sólo entre Estados sino también entre particulares son de vital necesidad para el mundo de hoy. Teniendo esto en cuenta, mediante el Decreto 993 del 15 de mayo de 2012 se promulgó el "Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos"; en esa fecha entró en vigencia el tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.

Respecto al área que nos concierne, fue incluido en el capítulo diecisiete lo relacionado con asuntos laborales, el cual está sujeto a las directrices de la OIT, a la legislación laboral interna de cada país y establece las respectivas garantías procesales para solucionar posibles conflictos. Es aquí donde toman gran importancia, temas como el teletrabajo, que con la entrada en vigencia del TLC, va a ser esencial por considerarse "*un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones*"[1].

Así mismo, es de vital importancia el tema objeto de estudio, dado que por la naturaleza de estas nuevas formas de trabajo, es posible que a futuro se presenten diversas controversias en el ámbito laboral, ya sea para trabajadores colombianos subordinados a empleadores del otro país o viceversa, y será necesario determinar cuál norma o interpretación de cierta disposición le será más favorable al trabajador al otorgarle mayores garantías y beneficios, si la colombiana o la estadounidense.

El teletrabajo, regulado por la Ley 1221 del 2008, que se reglamentó en el año 2012 mediante el Decreto 0884 del 30 de abril del mismo año, es considerado como una forma novedosa de trabajo que consiste, como lo dispone el artículo 2 "*en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros, utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin la necesidad que se requiera la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo*".

El régimen normativo de esta forma de organización laboral, indicado anteriormente, reitera la igualdad que poseen estos trabajadores frente a otros que desempeñen la misma labor de manera presencial, ya que tienen los mismos derechos y garantías laborales que le han sido otorgados por ley a los demás, teniendo en cuenta las características particulares del teletrabajo y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

Con la implementación del TLC entre Colombia y Estados Unidos, el teletrabajo desempeña un papel indispensable ya que se genera la posibilidad de que trabajadores nacionales ejerzan fuera del país sus funciones como cualquier otro trabajador, sin asistir al lugar del funcionamiento de la empresa, utilizando las TICs.

Lo anterior debido a que "*las nuevas tecnologías de la comunicación no están limitadas por ninguna frontera nacional, por lo que no existe ningún motivo por el cual el teletrabajo no pueda desarrollarse también en el ámbito internacional y al sobrepasar las fronteras nacionales puede resultar de gran interés para las empresas*"[2]

Ahora bien, en el artículo 6, de la Ley 1221 de 2008 se dispuso que *"a todas las relaciones de teletrabajo que se desarrollen en el territorio nacional les será aplicada la legislación laboral colombiana, en cuanto sea más favorable para el teletrabajador"*. Pese a ello, debido a lo novedoso del tema, consideramos que el Decreto no ha sido suficiente para desarrollar la figura.

Entonces surgen grandes interrogantes en la práctica: ¿Podrá aplicarse el principio de favorabilidad en las relaciones de trabajo internacionales, si en el TLC no se menciona dicho principio?, ¿existe este principio en los Estados Unidos, de manera similar a la legislación colombiana?, y de ser así, ¿cómo podrá tener cabida este principio en las relaciones jurídicas internacionales entre trabajadores y empleadores?

Para encontrar respuestas satisfactorias que resuelvan los planteamientos anteriormente enunciados, es pertinente analizar: i) los principios de favorabilidad y territorialidad a nivel nacional, en cuanto a la normatividad que los consagra, apoyados en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia colombiana y en doctrina; ii) los principios de favorabilidad y territorialidad en algunos Estados de Estados Unidos; y iii) la normatividad internacional en el marco del TLC.

METODOLOGÍA

La metodología que se emplea en esta ponencia es cualitativa por cuanto se realiza un análisis legal y doctrinal, tanto en Colombia como en Estados Unidos, con la finalidad de estudiar posibles soluciones al problema planteado. Con todo esto se propone llevar a cabo una investigación descriptiva y analítica del derecho laboral, obedeciendo a las necesidades de la internacionalización del mismo.

1. Principio de favorabilidad laboral y territorialidad en Colombia

1.1 Principio de favorabilidad laboral

En Colombia, la Carta Constitucional en el artículo 53 fundamenta el precepto de favorabilidad consagrándolo como un principio mínimo fundamental que se debe reconocer al trabajador, al prever la situación más favorable para éste, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

Así mismo, el Código Sustantivo del Trabajo lo introduce como un principio en el artículo 21 ya que será necesario en caso de conflicto o de duda sobre la aplicación de las normas vigentes del trabajo, aplicar la norma más favorable al trabajador. Adicionalmente establece que la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad acogiendo así la teoría de la inescindibilidad, empleándola como un todo, es decir en su totalidad.

Ahora bien; la doctrina ha ahondado en el tema partiendo de varios supuestos en cuanto a la aplicación de la normatividad laboral. Por su parte, Villegas Arbeláez aduce que *"el principio de favorabilidad tiene una doble expresión, según se trate de un precepto laboral que admita interpretaciones diversas, o de la coexistencia de normas laborales de distinto origen formal razonablemente susceptible de ser aplicadas"*[3].

A su vez, Ostau De Lafont De León manifiesta la necesidad de establecer un amparo referente al trabajador dentro del marco del principio protector "criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, el cual se puede expresar en tres formas diferentes: como regla in dubio pro operario, como regla de la norma más favorable y como regla de la condición más beneficiosa"[4].

Es así como la regla in dubio pro operario *"es el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador, que como está consagrado en la Constitución se refiere exclusivamente a la interpretación normativa y no de los hechos que puedan ser materia de un litigio"*[5].

Jaramillo Jassir manifiesta que *"el in dubio pro operario no se encuentra establecido legalmente en el Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual este postulado ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, la Constitución Política de 1991 instituyó la base normativa de este principio"*[6].

En el año 1983 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de abril del mismo año, indicó que el principio in dubio pro operario se aplica en los casos de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas vigentes de trabajo, pero en ningún caso para la apreciación de los hechos, generando una evidente limitación a dicho principio ya que una cosa es la interpretación de la norma laboral según su ratio legis (principio protector), para favorecer al trabajador, y otra bien distinta es la apreciación de la prueba en procura de la verdad real, así lo reiteró la Corte Suprema en sentencia del 23 de marzo de 2011[7].

Contrario sensu, la regla de la norma más favorable determina que *"en caso de que haya dos normas vigentes y aplicables, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios básicos de la jerarquía de las mismas; estas normas de aplicación deberán estar vigentes y en conflicto"*[8]. *"Esta regla implica un problema de aplicación de varios preceptos, mientras que el pro operario soluciona una cuestión referida a la interpretación de un solo texto"*[9].

Por último, López Fajardo define la regla de la condición más beneficiosa como *"aquella que supone la existencia de una situación jurídica concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador, en relación con la nueva norma que ha de aplicarse"*[10].

Retomando lo anterior, la condición más beneficiosa tiene plena utilidad cuando se presenta una sucesión normativa razón por la cual las normas deben ser de la misma naturaleza o categoría; a diferencia de ésta para aplicar la regla de la norma más favorable, debe presentarse una coexistencia normativa en la cual las normas pueden ser de igual o distinto rango.

1.2 Principio de territorialidad laboral

Se encuentra oportuna la respectiva mención al principio, ya que se relaciona con el tema objeto de estudio en cuanto a la aplicación de las normas en el espacio, especialmente al establecer si en un caso de controversia laboral sería más favorable para el teletrabajador aplicar la normatividad laboral estadounidense o la colombiana y en qué casos se podría presentar dicho supuesto.

Como bien lo afirma Guerrero Figueroa *"la mayoría de las legislaciones tienden a eliminar las diferencias de trato por razón de la nacionalidad, existiendo así un movimiento contemporáneo, en materia laboral, de extender las medidas protectoras a todos los trabajadores -nacionales y extranjeros- que presten un servicio subordinado dentro del territorio nacional"*[11].

Lo anterior suscita plena importancia puesto que sería impertinente llegar a desconocer los mínimos derechos y garantías de un trabajador que se encuentra laborando en un país extranjero, pero que como muchos otros presta un servicio que cuenta con especial protección constitucional y legal.

El presente principio está consagrado en el Código Civil el cual expresa en el artículo 18 que *"la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia"*, a su vez lo estipula el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 2, ya que la aplicación territorial del mismo va dirigido para todos los habitantes, sin consideración a su nacionalidad.

Según pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia del 10 de febrero de 2009, con base en el artículo segundo del Código Sustantivo del Trabajo la legislación colombiana no se aplica a servicios prestados en el exterior, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso, caso en el cual el empleador contrae un deber cuya fuente es su propia voluntad, sin que impida que se obligue a ello, preservándose así los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad[12].

Igualmente, la Corte reitera que si bien en Colombia se aplica la regla de la *"lex loci solutionis"* que consiste en aplicar la norma del lugar donde el contrato se ejecutó[13], fiel desarrollo del principio de territorialidad de la ley, no es absoluta y admite algunas excepciones a su aplicación que permiten que pese a que el contrato de trabajo no se ejecute en Colombia, se aplique la legislación laboral en el país, siempre y cuando antes de que el trabajador empiece a prestar sus servicios en el exterior, haya estado en Colombia efectuando dicha labor y que la subordinación laboral se continúe ejerciendo desde Colombia.

Con base en lo anterior, se puede diferir de la idea de que la normatividad aplicable en materia laboral debe ser siempre en el lugar donde se haya prestado el servicio o ejecutado el trabajo, puesto que puede acontecer la situación en la que sea necesaria aplicar la legislación del país en donde se celebró el contrato de trabajo así éste sea extranjero.

Pizarro Jaramillo considera que ante la falta de claridad en materia laboral respecto de la aplicación del principio de territorialidad de la ley laboral, lo ideal es que las partes del contrato de trabajo regulen en forma flexible, creativa y justa este tema[14].

2. Principio de favorabilidad y territorialidad laboral en Estados Unidos

Ahora bien; dado que los Estados Unidos es parte del TLC, resulta de interés realizar una revisión general del Derecho Laboral del indicado país, pero circunscrito a algunos de sus Estados para establecer el papel de los principios de favorabilidad y territorialidad en este ámbito jurídico. Para cumplir con este propósito, se debe tener en mente la forma de Estado que el país adoptó, cual es el Federalismo que por definición permite la coexistencia de diversos sistemas normativos en el territorio de un mismo Estado. Esto anterior, ya que como afirma el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos[15], el "Federalismo se refiere a la separación de poderes entre el gobierno federal y los 50 Estados, por medio de la cual el gobierno federal puede ejercer las facultades que le otorga expresamente la Constitución y los Estados mantienen la autoridad para ejercer facultades no delegadas al gobierno federal".

De esta manera, las leyes federales en materia laboral de los Estados Unidos son aquellas que estipulan generalidades para todo el territorio como Estado soberano en lo que se refiere a "derechos fundamentales laborales" (*fundamental labor rights*). El *United States Code*, o Código de los Estados Unidos, en su título 29 consagra que estos derechos son principalmente, la salud y seguridad en el lugar de trabajo reforzados por la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional-OSHA de 1970 y la Ley Federal sobre la Seguridad y Salud en las Minas de 1977; la protección especial a mujeres y niños ampliada en la Ley de Normas Razonables de Trabajo-FLSA de 1938; la no discriminación en especial a personas en estado de discapacidad (Ley de Estadounidenses con Discapacidades-ADA de 1990, Ley de Derechos Civiles de 1964, Ley contra la Discriminación por Edad en el Empleo-ADEA de 1967, Ley de igualdad salarial de 1963, entre otras); el salario mínimo; licencias médicas y familiares; y el derecho a la asociación[16].

Además, en la legislación de este rango también se tienen en cuenta temas procesales al definir la jurisdicción de las posibles controversias y la eventualidad de mediaciones para resolverlas. Es entonces viable afirmar que existe alguna relación entre la legislación federal y el principio de territorialidad laboral reconocido en el derecho colombiano; no obstante, no hay mención alguna de un principio o regla al menos parecida al principio de favorabilidad en lo que respecta a la normatividad federal de los Estados Unidos.

Por otro lado, los derechos reconocidos federalmente deben ser tomados como pilares que fundamenten la normatividad de cada Estado individual, es decir, que son los mínimos que deben ser respetados; por consiguiente, estos Estados tienen mucha libertad para reglamentar las relaciones entre trabajadores y empleadores. Resulta conveniente en esta situación, examinar de manera breve, si Estados con mayor potencial de impacto sobre Colombia como Carolina del Sur, Nueva York y Florida, tienen en cuenta el principio de favorabilidad para complementar su normatividad estatal.

2.1 Carolina del sur

Este es un Estado sureño que en el contexto del TLC es relevante para Colombia, dado que su economía se concentra en la producción de tabaco, la industria de manufactura, específicamente de textiles, y la industria de producción de energía. Además, ha tenido un incremento considerable de población latina debido a la influencia previamente mencionada de su economía sobre esta comunidad.

Entonces, ¿menciona su normatividad algún concepto relacionado con la favorabilidad laboral? Para encontrar respuesta a esta pregunta se debe recurrir a la Ley de Trabajo de Carolina del Sur. Teniendo en consideración su situación particular, su legislación busca reglamentar lo relativo a la determinación y pago de salarios, al derecho a la compensación, la protección a los menores, al derecho al trabajo y asociación, y a los trabajadores inmigrantes[17].

En esta medida, la normatividad estatal de Carolina del Sur tampoco consagra protección similar a la que en la práctica provee el principio de favorabilidad para los trabajadores colombianos. Esta deficiencia también se puede observar en los problemas recientes que ha tenido este Estado por lo estricta que es la Ley de Reforma de Inmigración Ilegal de Carolina del Sur y porque su aplicación en el ámbito laboral deja en situación de desprotección a un número considerable de trabajadores.

2.2 Nueva York

Es clara la relevancia de este Estado en la economía, no solo de Estados Unidos sino del mundo; esto porque la globalización y la interdependencia entre Estados que caracteriza nuestra actualidad, consolidó a Nueva York como capital del mundo y centro de los negocios de manera global. Por consiguiente, es visiblemente razonable la aparición del teletrabajo como una forma de trabajo frecuente, ya que satisface las necesidades de los empleadores y trabajadores; lo anterior enfatiza el rol del Estado de Nueva York en el TLC y de su normatividad laboral para el presente escrito.

La legislación particular tiene como propósito regular materias laborales tendiendo a la protección de los derechos humanos. Significa que la legislación estatal en este caso es general, principalmente para permitir que exista uniformidad y se cree un ambiente comercial de competitividad y oportunidad en el mercado para empresas extranjeras y multinacionales.

Siendo esto así, la Ley de los Derechos Humanos y el artículo 15 de la Constitución del Estado de

Nueva York prohíben la discriminación respecto al sexo, consagrando principios como el de igualdad de oportunidad, protección especial a la maternidad, entre otros. Por otro lado, en la Ley Laboral se establecen normas pertinentes a salarios, descansos e inmigrantes trabajadores; sin embargo, no se consagra el principio de favorabilidad laboral o algo semejante a él, que permita el amparo explicado con anterioridad en este trabajo.

2.3 Florida

Este Estado tiene bastante influencia sobre la comunidad latina en tanto ha sido uno de los principales territorios sujeto a este tipo de inmigración. En esta medida, sería conveniente revisar su legislación para determinar si por tener una población más parecida a la colombiana que otros Estados estadounidenses, resolvió instaurar una mayor protección que la que ofrecen las leyes federales de los Estados Unidos.

Así, el Título XXXI del Estatuto de Florida de 2012[18], consagra todo lo relativo al trabajo en el territorio de este Estado. De esta manera, se regula el derecho a la asociación, la capacitación y adiestramiento a los trabajadores, la protección especial a los niños y minorías, disposiciones y requisitos adicionales para los inmigrantes, entre otras disposiciones de este tipo.

Al evaluar la mencionada legislación en conjunto con el Acto de Derechos Civiles de Florida-FCRA de 1992[19], es posible concluir que ciertos principios del derecho laboral colombiano se comparten con el sistema normativo de éste como lo son la protección especial a menores, la protección especial a la mujer, el principio de capacitación y adiestramiento, el principio de no discriminación o de igualdad, el derecho a la asociación, entre otros; no obstante, no existe en él un principio que asuma el propósito del principio de favorabilidad laboral en todas sus acepciones.

En conclusión, ya que se ha explorado la legislación laboral federal de los Estados Unidos y aquella de ciertos Estados, sería correcto afirmar que en el mencionado Estado, aunque existe por vía de interpretación el principio de territorialidad, no existe el principio de favorabilidad. Este anterior, entendido como aquel que permite, en caso de duda y/o conflicto entre normas, interpretar y aplicar la normatividad según resulte más favorable para el trabajador.

Siendo esta la situación y teniendo presente que el TLC entre Estados Unidos y Colombia en lo que atañe a asuntos laborales no menciona de manera alguna el principio de favorabilidad, se presenta un vacío normativo que potencialmente podría crear conflictos en la práctica, como se mencionarán a continuación.

3. Doctrina y normatividad internacional en el marco del TLC

El TLC dispone en el capítulo diecisiete que todo lo referente al ámbito laboral, se debe sujetar a las directrices de la Organización Internacional de Trabajo, ya que tanto Colombia como Estados Unidos son país miembro de la misma, organización permanente que fue constituida con la finalidad de velar por el respeto e integridad de las personas, para que estas pudieran desempeñar sus funciones en el trabajo bajo condiciones dignas y justas, adoptando un régimen laboral realmente humano que permitiera que diferentes naciones lograran mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países[20].

Colombia, miembro de la OIT desde 1919 ha ratificado 60 convenios, dentro de los cuales son ocho los fundamentales son: convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, el 4 de marzo de 1969, convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948, el 16 de noviembre de 1976, convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, el 16 de noviembre de 1976, Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, el 7 de junio de 1863, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, el 7 de junio de 1863, convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958, el 4 de marzo de 1969, convenio sobre la edad mínima, 1973, el 2 de febrero de 2001, convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, el 28 de enero de 2005[21].

Por su parte Estados Unidos, hasta el momento ha ratificado dos convenios de carácter fundamental: Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, el 25 de septiembre de 1991 y Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, el 2 de diciembre de 1999[22]. Reflejándose así un menor número de convenios ratificados por este país a diferencia de Colombia que a nuestro parecer es mínimo, dejando en el olvido temas trascendentales que igualmente necesitan protección a nivel internacional.

A su vez con la finalidad del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales, en 1998 se adoptó la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo mediante el cual se reafirmaron los principios fundamentales consagrados en la Constitución de la Organización[23]; directriz que nos sirve para guiar la protección de los trabajadores en el ámbito internacional, en este caso ante las relaciones laborales con el otro país ya sea Estados Unidos o Colombia.

Retomando los principios objeto de estudio, como fue señalado, el TLC entre Estados Unidos y Colombia no incluye dentro de sus provisiones el principio de favorabilidad o alguno parecido a éste; además, la normativa estadounidense tampoco lo menciona en sus reglas federales ni en las estatales. De este modo, únicamente Colombia tiene el referido principio dentro del sistema normativo en lo que hace mención a los asuntos laborales. Para poder determinar si Colombia puede solucionar posibles conflictos de acuerdo con lo establecido en la Ley 1221 de 2008 y el Decreto 0884 de 2012, es necesario examinar fuentes del Derecho Internacional que se pronuncien de manera que lo permitan.

Sin embargo, a lo largo de este escrito se ha insistido en la posibilidad de que se presenten conflictos entre la normatividad laboral colombiana y las estadounidenses en tanto son muy diferentes, pero ¿cuáles pueden ser estos conflictos? Las colisiones se presentarían teniendo en cuenta que la diferencia entre los sistemas radica en lo que se entiende por modalidades de trabajo y el trabajo en sí. De esta manera, en Estados Unidos existe el concepto de *"empleo a voluntad"* que se contrapone al *"contrato de trabajo"*. El empleo *at will*, como su nombre lo dice es un tipo de trabajo que se somete de manera casi exclusiva a la voluntad del empleador, es él quien decidirá todos los asuntos que le atañen. Esto *"significa que un trabajador puede ser despedido por cualquier razón o sin razón alguna"*[24] y este no tiene acciones legales contra su empleador para impedirlo, con la restricción de que el motivo no puede ser en razón de edad, sexo, raza, origen nacional entre otros consagrados en la Ley en contra de la Discriminación. Por otro lado, el contrato de trabajo obedece al concepto que se tiene en Colombia; por lo tanto, esta confluencia de conceptos, lleva a la creación de amparos jurídicos diferentes a la luz de la legislación.

En Colombia dicha distinción no existe, por lo cual el ordenamiento jurídico ofrece total protección al trabajo siempre que sea una actividad humana libre, material o intelectual, que realiza una persona natural de manera permanente o transitoria conscientemente al servicio de otra persona, cualquiera que sea su finalidad y siempre en ejecución de un contrato de trabajo, como lo indica el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo referido a trabajo subordinado. Además, también se extiende la protección al trabajador independiente, entendiendo este como lo dispone el artículo 2 del Decreto 2800 de 2003 que reglamenta el Decreto Ley 1295 de 1994, es decir, como *"como*

toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo".

Sólo con lo anteriormente señalado, podrían surgir varios conflictos si un colombiano teletrabajador llegase a celebrar un contrato de *"empleo a voluntad"* con una empresa estadounidense, puesto que se vería desprotegido en lo que compete al principio de estabilidad y las exigencias de tener una causa justa para despojar al contrato de trabajo de su vocación de permanencia.

A la par, surgen problemas en lo concerniente al preaviso que debe dar el empleador cuando decide terminar el contrato de trabajo. Así, en Colombia los numerales del 9 al 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra las causales de terminación del contrato, exigen un preaviso de 15 días para que el despido sea justo; por el contrario, en ciudades como Columbia, Carolina del Sur, no se exige la obligación de notificar la terminación con cierta anterioridad ni de indemnizar de no cumplirse con ello[25]. En esta misma ciudad y en el Estado de Nueva York por ejemplo, tampoco se establece la obligación de remunerar los tiempos de licencias ni de vacaciones[26]; claramente no siendo así el caso en Colombia.

Entonces, ¿qué se ha estudiado en la doctrina internacional en lo que respecta a estas situaciones problemáticas? De La Cueva sostiene que *"la ley extranjera debe desplazar a la nacional cuando aquella es más favorable"* (citado por Guerrero Figueroa, 2010, p.51); en igual sentido, se pronuncia Lanfranchi, aunque su posición es de años remotos, resulta interesante en el área en cuestión cuando afirma que *"el trabajador de un país de legislación avanzada que celebra en él un contrato para ejecutarlo en el territorio de otro Estado, de legislación menos desarrollada, no piensa al justar el contrato perder los derechos adquiridos"* (Citado por Francisco de Ferrari, 1968, p.337).

Al estimarse a los trabajadores como la parte débil de la relación contractual, no puede ser factible que les sean menoscabados los derechos mínimos, irrenunciables e indiscutibles que en su condición actual merecen por la actividad o labor que desempeña y por la subordinación a la que obedece.

Considerando todo lo anterior, es claro que el vacío existente en el TLC entre Colombia y Estados Unidos y los posibles conflictos que se presenten en las relaciones entre empleadores y trabajadores, deben ser resueltos a la luz del principio de favorabilidad pero de una manera tal que no se vulnere la soberanía de cada Estado ni el principio de territorialidad que rige el derecho en general. Según Rafael Domingo (2008) *"la globalización instaura un mundo sin fronteras, que no acepta fácilmente el dogma moderno de la territorialidad, no se trata de renunciar a este principio por lo demás irrenunciable, sino más bien de darle el alcance demandado por nuestra sociedad global, más centrada en el principio de la personalidad"*[27].

De esta manera, nace la necesidad de implementar la acepción del principio de favorabilidad, esto es: el principio de favorabilidad internacional, para casos como estos en los que se deben proteger a los trabajadores en el ámbito internacional. Dicho principio de favorabilidad internacional debe ser viable para que teletrabajadores que se encuentran bajo la dependencia de un empleador de otro país y que igualmente hayan ejecutado el contrato de trabajo con otra nación, puedan acudir a éste cuando se les desmejore las garantías que como trabajadores tienen y merecen.

Es así como en virtud del llamado principio protector que envuelve el principio de favorabilidad y que tiene como propósito la defensa general de los derechos y garantías de los trabajadores, sería oportuno en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo entre Estados Unidos y Colombia aplicar la más favorable al trabajador y de manera integral, toda vez que es indiscutible que la internacionalización del derecho laboral y la implementación de nuevas formas de trabajo no pueden ser un medio que sobrepase el derecho protector del trabajador y que permita un trato desigual entre los mismos.

Lo anterior resulta aún más importante al establecer que ambos países, Colombia y Estados Unidos hacen parte de la OIT ya que según los postulados de la misma es fundamental salvaguardar las labores reconocidas a nivel internacional mediante la creación de trabajo decente y unas condiciones laborales económicas justas, protegiendo así los derechos laborales, y fomentando nuevas oportunidades de trabajo, claro está mediante un amplio programa de cooperación internacional para ayudar a los países a llevar a la práctica dichas políticas[28].

Siguiendo dichas directrices se puede concluir que como ninguna norma puede dar lugar a que se desmejoren las condiciones de los trabajadores de modo tal que lleguen a presenciar circunstancias injustas que permitan que se menoscaben sus garantías, resulta así factible en caso de duda o conflicto aplicar la norma más favorable a los teletrabajadores, dentro del contexto del TLC entre Colombia y Estados Unidos.

Conclusión

Hoy por hoy, debido a internacionalización del Derecho Laboral, ya no es factible hablar de economías ni ordenamientos jurídicos completamente aislados; las relaciones internacionales son vitales para el mundo de hoy, por lo que resulta adecuado analizar la legislación laboral de manera uniforme con la de otros países con el fin de identificar lo más favorable para el trabajador.

En Colombia el principio de favorabilidad laboral presenta preeminencia para el trabajador ya que permite en caso de conflicto o de duda sobre la aplicación de las normas vigentes del trabajo, aplicar la norma más favorable para este.

Conforme a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia colombiana, la normatividad aplicable en materia laboral no debe ser siempre la del lugar donde se haya prestado el servicio o ejecutado el trabajo; se puede presentar de manera eventual la necesidad de aplicar la legislación del país en donde se celebró el contrato de trabajo así éste sea extranjero, no obstante se requiere en el caso colombiano que el trabajador que empiece a prestar sus servicios en el exterior haya efectuado dicha labor en Colombia y que la subordinación laboral se continúe ejerciendo desde Colombia.

Respecto de la legislación estadounidense, no es factible afirmar que exista uniformidad en materia laboral pues al tener una organización federal, los Estados tienen la libertad de regular las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Conforme a la legislación de los Estados con mayor potencial de impacto sobre Colombia como lo son Carolina del Sur, Nueva York y Florida, no se puede señalar que exista una regulación especial del principio de favorabilidad, lo que podría generar conflictos en la práctica respecto de los trabajadores colombianos.

La entrada en vigencia del TLC entre Colombia y Estados Unidos respecto del ámbito laboral, genera la implementación de nuevas formas de organización como lo es el teletrabajo, razón por la cual en caso de controversia puede ser propicio para el trabajador que la ley extranjera desplace a la nacional cuando ésta sea más favorable, pero de una manera tal que no se vulnere la soberanía de cada Estado ni el principio de territorialidad que rige el derecho en general.

Bibliografía

Normatividad

Colombia

Código Civil Colombiano [CCC] Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887. (Colombia)

Código Sustantivo del Trabajo [CST] Decreto Ley 2663 de 1950. Agosto 5 de 1950. (Colombia)

Constitución Política de Colombia (2013). Edición No. 29. Editorial: Legis.

Decreto 993 de 2012 [Con fuerza de ley]. "Por medio del cual se promulga el Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscritos en Washington D.C., el 22 de noviembre de 2006, y el "Protocolo modificatorio al Acuerdo de promoción comercial Colombia-Estados Unidos", suscrito en Washington D.C., el 28 de junio de 2007 y su "Carta Adjunta" de la misma fecha. 15 de mayo.

Decreto 2800 de 2003 [Con fuerza de ley]. "Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-Ley 1295 de 1994". Octubre 2 de 2003.

Ley 1221 de 2008. "Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones". 16 de julio de 2008.

Estados Unidos

Acto de Derechos Civiles de Florida–FCRA de 1992. Wage Project. La Ley de Florida. Recuperado de http://www.wageproject.org/pdf/flsp.pdf

Constitución de Nueva York. (Nueva York, Estados Unidos)

Cornell University Law School. Legal Information Institute. U.S.C.: Title 29 – LABOR. Recuperado de http://www.law.cornell.edu/uscode/text/29

Departamento de Trabajo del Estado de Nueva York. División de Normas Laborales. Recuperado de: www.labor.ny.gov/formsdocs/wp/LS702S.pdf

Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. El Perfil Laboral de los Estados Unidos (EE. UU.) Recuperado de http://www.dol.gov/ilab/programs/oir/pdf/20080911span.pdf

Estatuto de Florida de 2012, Titulo XXXI. Recuperado de http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/?CFID=15210303&CFTOKEN=92493334.

Ley contra la Discriminación por Edad en el Empleo-ADEA de 1967

Ley 88-352 del 02 de julio de 1964. Congreso de los Estados Unidos de América. "Ley de Derechos Civiles".

Ley de Normas Razonables de Trabajo del 25 de junio de 1938. Estatuto federal de los Estados Unidos. "The Fair Labor Standards Act".

Ley de Seguridad y Salud Ocupacional del 29 de diciembre de 1970. "Occupational Safety and Health Administration – OSHA"

Ley de Trabajo de Carolina del Sur

Ley Laboral de Nueva York

Ley sobre Estadounidenses con discapacidad, del 26 de julio de 1990. Congreso de los Estados Unidos de América. ""Ley para establecer una prohibición clara y completa en la discriminación por motivos de discapacidad- ADA".

Northwest Workers Justice Project. ¿Qué significa el empleo a voluntad? Recuperado de http://nwjp.org/wp-content/uploads/2012/01/Guia.-Que-significa-Empleo-a-voluntad-2012.doc

Organization of American States. Legislación laboral de los Estados Unidos y del Distrito de Columbia aplicable al personal que no pertenece al servicio diplomático ni al servicio civil de las Misiones Permanentes ante la OEA. Recuperado de: http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/documento1.htm

Internacional

Organización internacional de Trabajo. Misión y objetivos. Recuperado de: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm

Organización Internacional de Trabajo. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Recuperado de: http://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm

Organización Internacional de Trabajo. "Constitución de la OIT". Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907

Organización Internacional de Trabajo. Ratificaciones de Colombia. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102595

Organización Internacional del Trabajo. Ratificaciones de Estados Unidos. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102871

Doctrinal

Colombia

Alberto LÓPEZ FAJARDO, *Elementos del Derecho del Trabajo*, Bogotá, Librería ediciones del profesional, 2010.

Comisión para la cooperación laboral. Guías comparativas sobre el derecho al trabajo en América del Norte. Recuperado de: http://sp.naalc.org/UserFiles/File/CLC-Migrant%20Workers%20-%20Spanish.pdf

Esteban PIZARRO JARAMILLO. *La aplicación del principio de la territorialidad de la ley laboral en Colombia*. En Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social (julio-agosto de 2009). No. 154. (2009). Bogotá. Editorial: Legis.

Francisco DE FERRRARI, *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, De palma, 1968.

Francisco Rafael OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, *Tratado de derecho del trabajo*, Bogotá, Ibáñez, 2009

Guillermo GERRERO FIGUEROA, *Principios fundamentales del derecho del* trabajo, Bogotá, Leyer, 1999.

Iván Daniel JARAMILO JASSIR, *Principios constitucionales y legales del Derecho del Trabajo colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

Jairo VILLEGAS ARBELAEZ, *Derecho administración laboral*, Bogotá, Legis, 2005.

Miquel PEGUERA POCH. *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, UOC, 2005.

Rafael DOMINGO OSLÉ, *La crisis de la territorialidad.* 3 de Enero de 2008. Recuperado de: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_global/la-crisis-de-la-territorialidad

Jurispridencial

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de marzo de 2011. (M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Radicación No 40694. Acta No 09).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de febrero de 2009 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación No. 31301, Acta No. 05.)

Notas

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación DER-45-2012 de la Universidad de La Sabana, titulado "Transformaciones del ordenamiento jurídico colombiano a partir de la vigencia de los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos y con la Unión Europea: el transporte marítimo, la protección de la propiedad industrial, la contratación pública, la actividad financiera y aseguradora y los derechos laborales de los trabajadores", en el cual participan profesores investigadores, profesores en formación y semilleros de investigación. Ocupó el tercer lugar en el V Encuentro del Nodo Centro de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica realizado en la ciudad de Neiva en el mes de mayo de 2013.

** Estudiantes de Derecho de noveno y octavo semestre respectivamente, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Chía, Cundinamarca). Miembros del Semillero de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correos electrónicos: andrearofi@unisabana.edu.co; monicaniga@unisabana.edu.co.

1. Ley 1221 de 2008. Artículo 1. "Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones". 16 de julio de 2008.

2. Miquel Peguera Poch. *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, UOC, 2005. p. 223.

3. Jairo Villegas Arbeláez, *Derecho administración laboral*, Bogotá, Legis, 2005. p. 15.

4. Francisco Rafael Ostau De Lafont De León, *Tratado de derecho del trabajo*, Bogotá, Ibáñez, 2009. p. 124.

5. Ibíd. pp. 124 y 126.

6. Iván Daniel Jaramillo Jassir, *Principios constitucionales y legales del Derecho del Trabajo colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010. p. 168.

7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación: 40694, Acta 09 (M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve: Marzo 23 de 2011).

8. Ostau De Lafont De León. Óp. Cit. p. 124.

9. Ibíd. p. 125.

10. Alberto López Fajardo, *Elementos del Derecho del Trabajo,* Bogotá, Librería ediciones del profesional, 2010. p. 96.

11. Guillermo Guerrero Figueroa, *Principios fundamentales del derecho del trabajo*, Bogotá, Leyer, 1999. p. 50.

12. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación 31302, Acta 05 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza: Febrero 10 de 2009).

13. Óp. Cit. Guerrero Figueroa. p. 52.

14. Esteban Pizarro Jaramillo. "La aplicación del principio de la territorialidad de la ley laboral en Colombia". En *Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social* (julio-agosto de 2009). No. 154. (2009). Bogotá. Editorial: Legis. p. 14.

15. Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. "El Perfil Laboral de los Estados Unidos (EE. UU.)". En http://www.dol.gov/ilab/programs/oir/pdf/20080911span.pdf, fecha de consulta: 02-VII-2013.

16. Cornell University Law School. "U.S.C.: Title 29 – LABOR". Legal Information Institute. . En: http://www.law.cornell.edu/uscode/text/29, fecha de consulta: 03-VII-2013.

17. Ley de Reforma de Inmigración Ilegal de Carolina del Sur. South Carolina General Assembly. En: http://www.scstatehouse.gov/sess119_2011-2012/bills/20.htm, fecha de consulta: 10-VII-2013.

18. 2012 Florida Statutes. The Florida Senate. En: http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/?CFID=15210303&CFTOKEN=92493334, fecha de consulta: 16-VII-2013.

19. Wage Project. La Ley de Florida. En: http://www.wageproject.org/pdf/flsp.pdf, fecha de consulta: 16-VII-2013.

20. Organización Internacional de Trabajo. "Constitución de la OIT". En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907, fecha de consulta: 02-VIII-2013.

21. Ibíd. Ratificaciones de Colombia. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102595, fecha de consulta: 10-VII-2013.

22. Ibíd. Ratificaciones de Estados Unidos. En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102871, fecha de consulta: 10-VII-2013.

23. Ibíd. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En: http://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm, fecha de consulta: 20-VII-2013.

24. Northwest Workers Justice Project. "¿Qué significa el empleo a voluntad?". En: http://nwjp.org/wp-content/uploads/2012/01/Guia.-Que-significa-Empleo-a-voluntad-2012.doc, fecha de consulta: 17-VII-2013.

25. Organization of American States. Legislación laboral de los Estados Unidos y del Distrito de Columbia aplicable al personal que no pertenece al servicio diplomático ni al servicio civil de las Misiones Permanentes ante la OEA. En: http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/documento1.htm, fecha de consulta: 12-VII-2013.

26. Departamento de Trabajo del Estado de Nueva York. División de Normas Laborales. En: http://www.labor.ny.gov/formsdocs/wp/LS702S.pdf, fecha de consulta: 12-VII-2013.

27. Domingo Oslé, R., "La crisis de la territorialidad". 3 de enero de 2008. En: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_global/la-crisis-de-la-territorialidad, fecha de consulta: 17-IV-2013.

28. Organización Internacional de Trabajo. Misión y objetivos. En: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm, fecha de consulta: 03-VIII-2013.

Nociones interdisciplinarias para un adecuado régimen de insolvencia del consumidor*

Leonel Alejandro Suozzi**

RESUMEN

La actual economía de consumo que involucra cada vez una mayor necesidad de financiación por diversos medios[1] implica que resulte fundamental incorporar un régimen apto que contemple la insolvencia del consumidor, más allá del igualmente actual y relevante tópico relativo a los pequeños concursos[2]. Dicho régimen debe sustentarse en tres pilares fundamentales: La prevención, un adecuado procedimiento y un periodo de rehabilitación acorde.

En el marco de la prevención se requiere fomentar la educación como cumplimiento de mandatos constitucionales y limitar el actuar de las entidades financieras previendo acciones (como anuncios engañosos) que lleven al consumidor a la insolvencia. Por el lado del procedimiento, debemos mencionar que la prevención del estado de cesación de pagos y/o la liquidación patrimonial debe ser un principio que impacte en todo el proceso. Mi análisis me inclina por la adopción del régimen francés que divide al procedimiento en una etapa conciliatoria y extrajudicial de una etapa eminentemente jurisdiccional pero que se diferencia del régimen general de la actual Ley de Concursos y Quiebras imprimiendo en la causa principios de celeridad, economía y eficiencia.

Y finalmente un periodo de rehabilitación acorde según se trate de un consumidor de buena fe pero culpable, o bien del consumidor de mala fe. El fundamento es doble: prevenir actitudes negligentes (en el primer caso) o ladinas (en el segundo) en el desarrollo del acceso al financiamiento y la sanción por el advenimiento de dichas actitudes.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, prevención, economía, consumo, procedimiento, educación, judicial, extrajudicial, quiebra, buena fe, mala fe, concursos y quiebras, consumidor.

ABSTRACT

Current consumer economy that involves an increasing need for funding by various means implies that it is essential to incorporate a suitable insolvency regime that includes consumers, beyond the also current and relevant topic, on small concourses. This scheme should be based on three pillars: prevention, due process and a proper period of rehabilitation.

In the context of prevention we can say that promoting education is required in fulfillment of constitutional mandates and limiting highly negative acts of financial institutions providing actions (such as misleading advertisements) that lead consumer to insolvency. On the side of the proce-

dure, the prevention of default status and/or the financial settlement should be a principle that impacts the entire process. My analysis leads me to the adoption of the French system that divides the procedure on eminently judicial and extrajudicial conciliatory steps, which differs from the general scheme of the current Bankruptcy Act settled on the principles of speed, economy and efficiency.

Finally a period of rehabilitation tabs depending on whether a consumer acts in good faith but guilty or bad faith. The rationale is twofold: preventing negligent attitudes (in the first case) or wily (in the second) in the development of access to finance and the penalty for the advent of such attitudes.

KEYWORDS

Insolvency, prevention, economy, consume, due process, education, judicial, extrajudicial, bankruptcy, good faith, bad faith, state of insolvency, consumer.

SUMARIO

Introducción. 1. Prevención. 1.1 Educación a la población sobre los efectos del sobreendeudamiento. 1.2 Limitaciones a publicidades engañosas. 1.3 Régimen de sanciones para entidades que incentivan el endeudamiento. 1.4 El propio proceso debe tener tintes de prevención de la insolvencia. 2. Procedimiento Adecuado Para El Consumidor. 2.1 Caracteres y ámbito de aplicación. 2.2 Diferenciación de procesos. 2.3 Proceso extrajudicial. 2.4 el proceso judicial. 3. Derecho A La Rehabilitación: Necesidad De Un Periodo Apropiado Según La Conducta Que Siguió El Consumidor. 3.1 El sobreendeudamiento culpable. 3.2 La mala fe en el sobreendeudamiento. Conclusión.

Introducción

La necesaria respuesta a la insolvencia del consumidor es hoy ampliamente debatida desde diversos sectores que abogan por un tratamiento adecuado a los fines de, no solo brindar al sobreendeudado una salida que le permita realizarse libre y dignamente, sino también para proteger a un engranaje esencial en la actual economía de consumo. En definitiva, la insolvencia del consumidor choca con dos grandes contratiempos: Por un lado, este problema que a veces es individual, se suele extender a todo un grupo familiar generando exclusión social; por el otro, el endeudamiento generalizado del consumidor "enfría" la economía y con esto el PBI, el empleo y la recaudación fiscal, entre otros factores fundamentales de todo sistema capitalista.

Como es sabido, nuestro actual ordenamiento concursal (ley 24.522) no cuenta con un adecuado tratamiento del pequeño concurso y mucho menos de las vicisitudes de la insolvencia del consumidor. No parece exagerada la alusión de Maffía en cuanto a que los actuales arts. 288 y 289 de la LCQ encierran un "procedimiento especial solo que sin procedimiento"[3]

Sin perjuicio de que sigue siendo clara la necesidad de un tratamiento apto para el "pequeño comerciante" así como para el profesional liberal (y así ha sido contemplado en uno de los últimos proyectos relativos al pequeño concurso[4]), el presente trabajo tiene por objeto delimitar los elementos esenciales que debe poseer un adecuado régimen concursal dirigido al consumidor. El mismo debe sustentarse en tres pilares fundamentales: La prevención de la insolvencia, un procedimiento apropiado ante el advenimiento de la misma, y precisiones claras respecto del periodo de rehabilitación.

1. Prevención

1.1 Educación a la población sobre los efectos del sobreendeudamiento

Indudablemente este requisito solo puede cumplirse con un Estado activo que involucre, desde la formación primaria, planes de estudio orientados a instruir tempranamente acerca de la importancia del ahorro, la planificación financiera y la discriminación entre la compra a los fines de la satisfacción de verdaderas necesidades y la compra destinada al gozo de deseos suntuarios o "*creados*" por publicidad u otras maniobras de comercialización[5], entre otros tópicos. Todo esto, en miras de cumplir con el mandato constitucional de la "*educación para el consumo*" (art. 42 CN).

Por otro lado, el Estado podría delegar este tratamiento a aquellos que más se benefician del financiamiento al consumidor: Las entidades financieras, con su cuerpo de expertos en la materia podrían contribuir, sin implicar grandes exigencias económicas o estructurales, a la educación de la población en materia de finanzas personales: artículos, cursos, talleres, publicaciones audiovisuales, etc. De hecho, muchas entidades, como ser bancos o agentes de bolsa[6], brindan actualmente mucha información de índole financiera accesible incluso de forma gratuita, vía internet. Evidentemente, haría falta una normativa que organice, sistematice y haga vinculante estas herramientas.

Finalmente, no está de más mencionar a modo de ejemplo la obligación que la nueva ley de bancarrotas estadounidense (2005) impuso al colegio de síndicos concursales de dictar cursos de entrenamiento financiero para deudores[7].

1.2 Limitaciones a publicidades engañosas

Este punto resulta fundamental dado el carácter técnico-económico que involucra todo tipo de financiación. En este sentido considero elocuentes las previsiones de la Ley de Lealtad Comercial, que en su artículo 9 establece: "*Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios*"[8] (el resaltado es adicional).

No dudo en afirmar que la propia naturaleza financiera de un préstamo o pago financiado resulta *per se* confusa o engañosa para consumidores no instruidos (lamentablemente, la mayoría de los consumidores); esto hace esencial la coordinación de este apartado con el anterior relativo a la educación del consumidor. En cualquier caso, resulta indispensable definir de la forma más clara posible cuáles son los efectos concretos de una determinada financiación o préstamo: Para esto el "Costo Financiero Total" resulta una herramienta adecuada; este indicador representa, no solo la tasa de interés que cobrará quien otorga el préstamo sino también los gastos de evaluación del cliente, los relativos a la contratación de seguros (vida, incendio, etc.), aquellos relacionados con la apertura y mantenimiento de cuentas de depósitos, con tarjetas de crédito o compras asociadas, incluso las erogaciones por envío de avisos de débito y otras notificaciones[9]. Es decir, la entidad que financia puede exponer una tasa de interés ínfima distribuyendo la "*verdadera tasa de interés*" entre los otros conceptos mencionados: esto hace necesario un índice que demuestre la carga financiera total de la transacción o "Costo Financiero Total" (CFT); la publicación de dicho índice resulta obligatoria

según la Comunicación "A" 2689 del BCRA[10] de 1998, sin embargo la mayoría de los consumidores no comprenden (o quizás no existe interés en comprender) qué significa el "CFT" y siguen en cambio basándose simplemente en la "*tasa de interés*". Quizás sería conveniente la utilización de términos absolutos (números concretos) y así el despojo de los términos relativos (porcentajes): se podría indicar como ejemplo, "*a una financiación de $1.000 de capital, los cinco años de pago ininterrumpido que involucra nuestra propuesta implicará haber abonado $6.000 al finalizar el periodo*"; considero que esto es mucho más claro que el expresar simplemente (como ocurre actualmente), "*TNA 2% - CFT 100%*". En el ejemplo, se estaría cobrando un 100% de interés (disfrazado mediante comisiones, seguros y otros, ya que la Tasa de interés Nominal Anual ascendería solo a 2%) pero difícilmente el consumidor pueda apreciar el enorme costo de financiación que soportará a través de esos cinco años ($1.000 por año de interés, más los $1.000 de capital original).

Por supuesto, es fundamental acompañar esta disposición con dos incentivos adicionales: por un lado (y nuevamente), la educación del consumidor; por el otro, severas sanciones a las entidades que incumplen con esta obligación.

1.3 Régimen de sanciones para entidades que incentivan el endeudamiento

El título de este tercer elemento de prevención pareciera ser un tanto exagerado pero mi intención no es interpretar la responsabilidad del prestador de bienes y servicios con carácter amplio. Opino que sí deben ser regulados y sancionados en los casos en que sea evidente un actuar malicioso y/o negligente que verosímilmente ponga en graves problemas económicos a sus clientes-consumidores. Como es sabido, existen dos vías fundamentales para el endeudamiento, una pasiva y otra activa. En el primer caso, los problemas financieros provienen de cambios en el contexto, como ser crisis económicas, políticas o institucionales que derivan a su vez en despidos, entre otros supuestos ajenos al control del consumidor. El segundo caso (aquel en el que el consumidor busca activamente obligarse) se basa en el incentivo a la financiación derivado de las facilidades de acceder al crédito o las tarjetas de crédito, pero fundamentalmente de la publicidad[11]. Así, reitero lo expresado al finalizar el anterior título: Las entidades deben estar reguladas en cuanto a la forma en la que publicitan sus servicios de préstamos o financiaciones y el seguimiento debe ser muy estricto.

Por otro lado, y esta vez relacionado con el endeudamiento pasivo, existe otro elemento que implica la existencia de dificultades financieras del consumidor y que se refieren al propio estado de cesación de pagos de las empresas con las que éste contrata. En este sentido me refiero en primer lugar al mantenimiento de la actividad y el empleo aun en la crisis, y en segunda instancia a la genérica calidad de dichas empresas como co-contratantes del consumidor en una relación jurídica, civil o comercial.

En el primer caso, y más allá de los claros privilegios con los que cuentan los créditos laborales, es indispensable proteger a la empresa en marcha para no perjudicar a un sinnúmero de familias de las que depende el trabajo en relación de dependencia realizado en aquella empresa insolvente.

En el segundo, el consumidor enrolado así como un acreedor quirografario contará, de ordinario, con un perjuicio comparativamente mayor respecto de sus ingresos que cualquier otro acreedor quirografario de índole comercial: La quiebra de una empresa constructora (sin haber cumplido con la escrituración), de una agencia de vehículos (sin haber perfeccionado transferencia) o de una agencia de viajes (antes de que se dé el mismo pero luego de abonada ciertas o todas las cuotas), la liquidación de una entidad bancaria donde se conservaban ahorros o la de un agente de bolsa al que se recurre como pequeño inversor[12] son todos ejemplos de situaciones falenciales que, por supuesto afectan a todos los acreedores, pero que generan un perjuicio vital en la vida digna de ciertas personas (esto sin considerar el ya bastante controvertido caso de los acreedores involuntarios[13]). Es por esto que sería conveniente analizar (con todos los recaudos y garantías de defensa pertinentes) la solución que la reforma concursal alemana otorgó para estos casos ante la crisis europea del 2009 y que aún sigue azotando al referido continente: responsabilidad del administrador por la presentación oportuna al concurso preventivo ante el desarrollo del presupuesto objetivo concursal, "incapacidad de pago actual o inminente", bajo apercibimiento de responsabilidad patrimonial personal, y aun penal[14].

1.4 El propio proceso debe tener tintes de prevención de la insolvencia

Considero primordial que el procedimiento en cuestión tenga como objetivo la prevención de la insolvencia absoluta o de la eventual liquidación de los bienes o más aún, del embargo cuasipermanente de bienes y frutos para aplicarlos a la satisfacción de un crédito que no pudo abonarse. Es así como resalto el concepto de "sobreendeudamiento" en lo que respecta al presupuesto objetivo que habilitaría cualquier procedimiento de insolvencia relativo al consumidor; concepto que además se ha visto utilizado en los recientes proyectos de reforma: "*Régimen de Sobreendeudamiento para Consumidores*" propuesto por la Senadora Negre de Alonso (Septiembre de 2011)[15] o "*Ley de Insolvencia Familiar*" a partir del Senador Eugenio J. Artaza (Marzo de 2012)[16]. Esta especial situación patrimonial y financiera es una instancia anterior al clásico *Estado de Cesación de Pagos*, presupuesto objetivo primario en nuestro actual régimen concursal. Cierta parte de la doctrina intentó comparar al "*sobreendeudamiento*" con la "cesación de pagos"[17]; sin embargo, esa discusión resulta irrelevante. No importa que cesación de pagos pueda ser sinónimo de sobreendeudamiento (lo cual es discutible) sino diferenciar que objetivamente el sobreendeudamiento no alcanza por sí a constituir un Estado de Cesación de Pagos; es decir, una situación compleja y de permanencia relativa a la impotencia financiera del sujeto. En definitiva, es loable el criterio de considerar al Sobreendeudamiento y no al Estado de Cesación de Pagos como presupuesto objetivo para acceder al proceso concursal del consumidor; de esta forma, se previene el estado sustancial de desequilibrio económico que, de no configurarse dicha prevención, hundiría cada vez más al sujeto en la insolvencia y más acreedores se verían perjudicados: no importa por ejemplo si la cesación del pago deviene de una causa transitoria como puede ser la enfermedad del propio consumidor o su familia, lo primordial es impedir el eventual estadio falencial lo antes posible. En definitiva, la prevención de la insolvencia debe ser una meta que recorra transversalmente todo el proceso concursal del consumidor sobre-endeudado.

En cualquier caso, podemos definir al sobreendeudamiento de acuerdo a las nociones del art. 330.1 de la legislación francesa: "Imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas exigibles y a vencer". Lo que quizás llame más la atención es la referencia a la buena fe, es decir el desplazamiento total del régimen para aquellos que se han endeudado de mala fe. No coincido con esta disposición ya que, en todo caso, la mala fe del consumidor será de alguna manera sancionada y prevenida con un acertado periodo de rehabilitación (ver último apartado de esta obra).

2. Procedimiento adecuado para el consumidor

Debo advertir que el objetivo de este título es indicar nociones generales que, de *lege ferenda*, debería incorporar un eventual régimen de insolvencia del consumidor. Como se señaló líneas atrás, existen varios proyectos que involucran la reforma del actual procedimiento para el pequeño concurso (o de la virtual inexistencia del mismo) y por lo tanto me limitaré a señalar solo elementos esenciales, con ciertas referencias (en lo pertinente) a los proyectos mencionados. Adicionalmente, del análisis efectuado he llegado a la conclusión que las previsiones del código de consumo francés ("Code de la Consommation") permiten un procedimiento ajustable a las necesidades de la dinámica local, por lo que me basaré en dicho ordenamiento (con las variantes a indicar) para desarrollar este apartado.

2.1 Caracteres y ámbito de aplicación

La última reforma en el Derecho del Consumidor (ley 26.361) permitió ampliar el abanico de posibilidades respecto de lo que consideramos, precisamente, "consumidor"[18]. De aquí que resulte suficiente remitirse a esta ley para garantizar una apropiada protección y cumplimiento a los objetivos mencionados al inicio de esta obra. Verbigracia, se estarían incluyendo (hoy, sin lugar a discusión) la compraventa de inmuebles o la adquisición de elementos con el objetivo de integrarlos en un proceso de producción o prestación a terceros (la computadora del Abogado por ejemplo), entre otros elementos que con anterioridad a la modificación resultaban controvertidos.

Asimismo, el ámbito de aplicación debe encaminarse al Sobreendeudamiento del sujeto así definido en la última sección del título anterior, al que me remito.

Finalmente, uno de los caracteres que debería ser constante en este tipo de legislación es que en caso de duda sobre la interpretación de una norma, debe prevalecer la más favorable al consumidor[19].

2.2 Diferenciación de procesos

Siguiendo a la regulación francesa del sobreendeudamiento de los particulares (aquella sobre la que se formuló el mencionado proyecto de la Senadora Negre de Alonso[20]), y teniendo como base el ejemplar trabajo de la Dra. Kemelmajer de Carlucci[21] sobre el tema, considero indispensable la diferenciación de procesos según la situación particular del consumidor insolvente: El primero, y como vía general, implica una etapa extra y prejudicial orientada a la conciliación y al acuerdo, con características de celeridad y economía; el segundo, un camino de excepción que involucre al órgano jurisdiccional.

Este proceso (con sus dos variables) se encontraría, según las fuentes indicadas en el anterior párrafo, reservado exclusivamente para el consumidor de buena fe. Sin embargo, considero que quien haya actuado de mala fe y cumpla con la definición de consumidor debería subordinarse a este proceso pero teniendo vedada la primera vía relativa al trámite extrajudicial. En conclusión, el consumidor de mala fe tendrá un proceso concursal diferenciado del régimen general (sigue sin ser eficiente aplicarle la LCQ y una normativa pensada para una organización multinacional a un mero consumidor) pero sin la posibilidad de una conciliación en instancia administrativa sino bajo un directo control judicial.

2.3 Proceso extrajudicial

El proceso extrajudicial debe involucrar a una Comisión Especial de carácter administrativo al que pueda acudir todo consumidor. Esta comisión debería contar con especialistas en diversas áreas (Psicólogos, Sociólogos, Asistentes Sociales pero fundamentalmente Contadores Públicos y Abogados) para determinar las políticas y criterios que se tendrán en cuenta para la solución de los problemas relativos a la especie. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor debería relacionarse con un único Conciliador Extrajudicial cuyas funciones serán analizar el problema desde el punto de vista económico-financiero y acercar a las partes, deudor y sus respectivos acreedores (quienes podrán ser asistidas por letrados u otros profesionales pertinentes[22]).

El consumidor expone sus problemas adjuntando toda la documentación pertinente que permita identificar su situación económica, financiera y patrimonial. Con esto, denuncia a los acreedores con los que desee llevar adelante la conciliación y, considerando estos datos, la Comisión notifica a cada uno de dichos acreedores para que opongan los hechos que crean relevantes. Teniendo en cuenta esta información, el Conciliador Extrajudicial deberá fijar un mínimo monto que el consumidor y su grupo familiar requieren para llevar adelante una vida digna (comida, vivienda, salud y educación fundamentalmente). Considerando la proyección de ingresos del sujeto, dicho Conciliador sugerirá, o bien seguir con el trámite extrajudicial o bien reenviar el trámite al juez competente dada la existencia de una "*situación irremediablemente comprometida*". Es en esta instancia también donde se detectará si el consumidor es o no de mala fe, en cuyo caso se remitirán las actuaciones al proceso judicial sin otra alternativa.

En el primer supuesto entonces (vía extrajudicial), se trataría de una situación que puede ser subsanada y, en tal caso, se tendrán a la vista dos posibilidades[23]: En primer lugar, un plan de pagos refinanciado en virtud de un acuerdo expreso que, luego del control de legalidad pertinente, deberá ser homologado y, en segundo lugar, y solo ante el caso de frustrarse dicho acuerdo, un procedimiento de "recomendaciones" en cuanto a las condiciones de cancelación del crédito: periodo de pago, quitas, reducción de tasas, constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de este acuerdo, etc. Estas simples "recomendaciones" que parten del Conciliador Extrajudicial serán vinculantes si no se recurren en un plazo determinado o si, recurridas, son confirmadas (y homologadas) por el juez competente.

Lo innovador de este último sub-procedimiento es que el efecto homologatorio se extiende a todos los acreedores denunciados por el consumidor y que a la vez hayan sido citados por la Comisión, sin importar su falta de aceptación o la obtención de mayoría alguna. De esta situación se desprende la necesidad de una especial atención del juez competente para evitar recomendaciones abusivas que destruyan sustancialmente derechos de acreedores de buena fe, y además, la exigencia de un Conciliador Extrajudicial idóneo en dos aspectos elementales: El análisis económico-financiero y la conciliación. El mencionado proyecto de ley de la Senadora Negre de Alonso entiende que la Comisión Especial debe reunir representantes del poder ejecutivo (diferenciándose a un representante de AFIP, otro idóneo de las ciencias económicas y otro idóneo en las jurídicas), del Tribunal Arbitral de Defensa del consumidor y del Poder Judicial. Concuerdo con esta integración en cuanto a la calidad institucional y de órgano colegiado que fije las políticas y dirija a la Comisión Especial pero considero que, a los fines de abaratar costos y fomentar la celeridad (por ej. El régimen francés impone una demora máxima de seis meses para este procedimiento), sería conveniente que exista solo un Conciliador Extrajudicial por asunto y que, en cualquier caso, cumplan con ser "expertos, que sepan economía, y que puedan proyectar soluciones posibles para que el consumidor sobre-endeudado de buena fe sobreviva conjuntamente con su familia con un mínimo de dignidad (…)"[24]. En línea con las sugerencias de esta calificada doctrina, con el método de nuestra actual ley de Concursos y Quiebras, y también con el esbozado en el proyecto de ley de la Senadora Bongiorno[25] (en estos dos

últimos casos, el síndico concursal), la figura del Contador Público parece la más apropiada para llevar adelante esta tarea puntual y adecuada a cada caso. Sin embargo, debo agregar la necesidad de herramientas en el ámbito de la conciliación que estos profesionales de las Ciencias Económicas deberían adicionar a sus currículos para poder acceder a este cargo; no se trata de una tarea eminentemente técnica y objetiva sino también de una función conciliadora esencial entre las partes que se ven vinculadas por relaciones financieras.

2.4 El Proceso judicial

Es dable acceder a esta instancia en dos circunstancias: Cuando el deudor se encuentra en una situación irremediablemente comprometida o cuando se trata de un deudor de mala fe.

La normativa francesa reserva este procedimiento solo para el primer caso y se trata de aquella insolvencia tan grave que no permite el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio ni de las llamadas "recomendaciones" antes referidas. En todo caso, se tratará generalmente de la manifestación por el propio deudor de su imposibilidad para cumplir con los términos fijados. Por ejemplo, cuando el seguir los lineamentos impuestos implica un plan que subordina al consumidor a una restricción patrimonial por más de diez años pero aun así sin poder cumplir con una parte sustancial del capital adeudado o si se trata de una persona con enfermedad terminal cuya expectativa de vida no supera a la espera otorgada, etc.

Considero que esta es la misma suerte que debe correr quien ha actuado insolventándose de mala fe pues debería ser un procedimiento encaminado a la liquidación del patrimonio a los fines de que el sujeto vuelva a ser un engranaje productivo más de la economía de consumo lo antes posible. De todas formas, y tal como se verá en el último apartado relativo a la rehabilitación, la mala fe acarreará sus consecuencias negativas para el deudor.

Este procedimiento debería tener similitudes con el actual ordenamiento concursal solo que imprimiendo mayor celeridad respecto de la liquidación o publicación de edictos, limitando los recursos[26] y adoptando al Conciliador Extrajudicial oportunamente asignado como Síndico Concursal. Adicionalmente el juez tendrá amplias facultades (teniendo en cuenta el dictamen de dicho profesional) para elaborar un programa de pagos a medida de la situación y ponderando especialmente la actitud (buena o mala fe) del deudor para hacerlo. Finalmente, si se decide la liquidación, y la misma no alcanza a abonar todos los créditos, el juez declarará sus respectivos saldos extintos así como la clausura total del procedimiento. Ahora bien, esta solución (que sostiene el régimen francés bajo análisis) es dirigida solo y exclusivamente para el consumidor que ha actuado de buena fe, sea o no culpable de su propia insolvencia. Me permito disentir con tal método respecto de dos supuestos especiales: el deudor-consumidor de buena fe negligente y el deudor–consumidor de mala fe. En el primer caso creo que se requiere una limitación y es la necesidad de imponer un breve periodo de inhabilitación (lejos de permitir la extinción directa de todas las obligaciones, la culpa en su sobreendeudamiento hace merecer un plazo para la definitiva rehabilitación); paralelamente, en el segundo caso (mala fe) reitero que sería conveniente incorporar a este deudor al proceso (solo a la faz judicial) y aplicarle un adecuado periodo de inhabilitación de acuerdo a la valoración del juez que no podrá ser inferior a un año. Estas eventuales disposiciones se explican en el siguiente apartado.

3. Derecho a la rehabilitación: necesidad de un periodo apropiado según la conducta que sigió el consumidor

Tal como enseña Farhi de Montalbán "en el concurso de la empresa, aunque sea la pequeña empresa, es posible sostener que la que resulta inviable debe ser liquidada. En la del consumidor, no es posible aplicar la concepción liberal de tinte sanitarista que propugna eliminar al insolvente"[27]. Creo procedente el establecimiento de un periodo de rehabilitación en lo que respecta al régimen de insolvencia del consumidor, pero reservada a los dos supuestos antes mencionados: La culpa del consumidor y la mala fe del mismo. Considero de toda lógica imponerle al "deudor culpable" o "malicioso" un régimen de inhabilitación con las restricciones que impone la normativa general: Es con este sentido que, dada la discusión relativa a si sancionar un cuerpo único y separado de la ley concursal o bien incorporar normas específicas en nuestra actual LCQ[28], me inclino por este último supuesto y su eventual referencia explícita a las disposiciones de la ley concursal en todo lo referente al periodo de rehabilitación del consumidor.

3.1 El sobreendeudamiento culpable

El primer caso, reitero, se refiere a la actitud negligente del deudor que, contando con información y medios para prevenir la insolvencia, actúa sin la diligencia mínima exigible y concluye en una situación de sobreendeudamiento. Evidentemente, estos casos solo pueden darse en el llamado endeudamiento activo ya que lo fortuito queda fuera del ámbito de la culpa. El argumento para encuadrar a este deudor en el procedimiento especial del consumidor es que continúa siendo un deudor de buena fe y por ello merece las mismas herramientas; asimismo, puede ocurrir que ciertos acreedores se entiendan agraviados por la actitud negligente del consumidor y por ello reclamen su tratamiento en el régimen general de la LCQ. A este eventual planteo, sigo justificando su inserción en el régimen especial, simplificado y económico para el consumidor por la siguiente razón técnico-financiera; a toda situación de endeudamiento activo, le es plenamente aplicable el "modelo de la caja del sudor"[29] ("Sweat box model"): Aquél emisor del crédito consideró antes de la insolvencia el gran riesgo crediticio derivado de la obligación y de esta forma previó medios para cobrar cantidades sustanciales del mismo (ya sea a través del interés o de comisiones, seguros, etc.) descontando los flujos futuros de efectivo que no esperaban cobrarse o que resultaban difíciles de poder cobrar en su totalidad. En definitiva, los supuestos perjuicios y riesgos para el acreedor de encuadrarse en el régimen general o en este especial (cuyas diferencias sustanciales se basan en la celeridad, restricciones al derecho de recurrir resoluciones y gratuidad), ya habrían sido absorbidos en las altas tasas de interés que la entidad financista hubiere impuesto.

En conclusión, este consumidor tendrá derecho a alcanzar una conciliación y/o plan de pagos homologado en línea con lo dispuesto en la sección relativa al procedimiento. Ahora bien, si no se lograren dichas previsiones, lo más equitativo considerando la culpa del deudor, sería imponer un periodo de inhabilitación posterior a la liquidación, no solo como medida sancionatoria del actuar imprudente sino también como prevención y estímulo a la atención e instrucción que debería proveerse el propio consumidor en todo lo referente a su situación financiera. Considero que este periodo de rehabilitación debería regirse por el actual plazo de un año[30], el cual es relativamente breve y por ello permitirá evitar grandes perjuicios para el deudor a la vez que dicha temprana rehabilitación redunda en beneficios para la sociedad de consumo.

3.2 La mala fe en el sobreendeudamiento

Como se ha mencionado *ut supra*, la mala fe del consumidor debiera implicar su subordinación al régimen especial pero solo restringida a la faz judicial. Considero necesario que, aun siendo de mala

fe, el consumidor pueda obtener una respuesta rápida a su desequilibrio patrimonial por los siguientes fundamentos: la noción del consumidor (más allá de sus intenciones y maniobras) como motor del desarrollo, la mano de obra, la producción intelectual, el consumo, el producto bruto, la recaudación fiscal, en fin, la retroalimentación del sistema capitalista. Una vez fundado este régimen será necesario un estudio detallado de la actitud del deudor para interpretar el "grado de mala fe" que ha exteriorizado: este concepto, abstracto y tan diverso dependiendo de las circunstancias, me lleva a deducir que el juez deberá analizar en cada caso concreto el grado de responsabilidad del consumidor sobrendeudado para imponer un específico plazo de rehabilitación. Es importante ponderar no solo la mala fe desde el momento de la insolvencia (principalmente, maniobras para licuar patrimonio, endeudamientos desmedidos en relación con un nivel de vida razonable o con la proyección de ingresos del sujeto, etc.) sino también en lo que respecta al procedimiento mismo (ocultar información, retardar diligencias, etc.). Así, la diversa naturaleza que puede adoptar un actuar malicioso será ponderada para imponer un plazo de rehabilitación que debería ubicarse entre uno y seis años (dicho máximo deriva del antiguo criterio para la rehabilitación que legislación derogada sancionaba respecto de la quiebra fraudulenta). Es así como, mediante el extenso plazo de rehabilitación se restringirán las inequidades señaladas por vastas corrientes doctrinarias[31] en cuanto a una rápida liberación, rehabilitación y sencilla reinserción en el mercado.

Conclusión

Esta obra tuvo como objetivo esbozar las principales nociones que deben ser tenidas en cuenta a los fines de sancionar un adecuado régimen de insolvencia para el consumidor. Dada la relevancia social, económica y hasta política de este particular agente, resulta indispensable tener a la vista las nociones enunciadas y siempre considerando aspectos interdisciplinarios: desde el Marketing, pasando por la Economía y las Finanzas (personales y corporativas), pero también teniendo en cuenta el contexto sociológico para finalmente encuadrar las disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico correctamente.

Bibliografía

Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El "sobreendeudamiento" del consumidor y la respuesta del legislador francés,* Academia Nacional de Derecho, 15-VI-2008.

Ariel A. DASSO, *La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global: la reforma de la Insolvenzordnung,* Sup. CyQ, La Ley, 2009.

Carlos MOLINA SANDOVAL, *La tutela del consumidor desde la óptica concursal,* El Derecho, pp. 208-796, Citado en Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El "sobreendeudamiento" del consumidor y la respuesta del legislador francés.*

Danilo Evers ARISTIMUÑO GARAY, *El costo financiero total y su tratamiento contable*, Depto. de Matemáticas Universidad Nacional del Sur en Biblioteca Virtual, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires.

Diana FARHI DE MONTALBÁN, *La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006.

Édgar José BARACAT, *Pequeñas quiebras y deudores de mala fe*, La Ley 2009.

Ernesto GRANADOS, Germán GERBAUDO, Claudia GRACAVILLA y Martín, *Los acreedores involuntarios: La necesidad de su regulación,* XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de Junio de 2012.

Gilles TAORMINA, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, Marseille, ed. Université d´Aix en Provence, 2004, p. 289; Nathalie Côte, Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la Loi 2003-210 du 1/8/2003, en La Semaine juridique, n°46, 2003, p. 1974. Citado en Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El "sobreendeudamiento" del consumidor y la respuesta del legislador francés.*

Graciela LOVECE, *El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica,* Sup. Act., 2011.

Héctor ALEGRÍA, *Los llamados "pequeños concursos". Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos,* La Ley, 2005.

Hugo Alberto ANCHAVAL, *Los límites de la quita concursal, ¿Son recomendables para un consumidor sobreendeudado?,* Sup. CyQ, 27, La Ley, 2008.

Ignacio A. ESCUTI (h.), *Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso,* JA, 1991.

Miguel Ángel RASPALL, *Comentarios al Proyecto de Ley de "Régimen de Sobreendeudamiento para pequeños deudores",* en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de Junio de 2012.

Osvaldo J. MAFFÍA, *Procedimiento especial (solo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos*, El Derecho, 1995.

Rubén RAMALLO, Mariano JAIMOVICH, *Los créditos personales siguen para arriba, aun con tasas de interés que llegan al 200 por ciento,* en IProfesional, publicado el 25-X-2013.

Notas

* Ponencia presentada durante *el Congreso de Derecho Económico y Empresarial para estudiantes y jóvenes graduados "Empresa y Consumidor"*. 14 y 15 de noviembre de 2013. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

** Estudiante de sexto semestre de Derecho de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Correo: lsuozzi@uade.edu.ar

1. Rubén Ramallo, Mariano Jaimovich, *Los créditos personales siguen para arriba, aun con tasas de interés que llegan al 200 por ciento*. Profesional. 25 de octubre de 2013. En: http://www.iprofesional.com/index.php?p=nota_new&idx=172401, fecha de consulta: noviembre de 2013.

2. Uno de los primeros grandes trabajos que expone las deficiencias de nuestro actual ordenamiento respecto de los Pequeños Concursos es sin duda la obra del Dr. Alegría: La misma otorga una mirada integral de los diversos casos que deberían contemplarse. En esta obra mi objetivo se orienta exclusivamente al régimen de insolvencia del consumidor. Héctor Alegría, "Los llamados <pequeños concursos>. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", en *La Ley*, 2005.

3. Osvaldo J. Maffía, "Procedimiento especial (solo que sin procedimiento especial) para los pequeños concursos", en *El Derecho*, 1995 T 165.

4. Proyecto de ley de la senadora María J. Bongiorno sobre los "pequeños deudores" (S-1761/11).

5. Mi intención no es criticar la respetable disciplina del *Marketing* sino resaltar los problemas que inescrupulosas técnicas de mercadeo generan al influir en la psiquis del consumidor orientando sus elecciones en contra de su propio bienestar social y familiar.

6. Prácticamente todo banco comercial o de inversión y todo agente de bolsa así inscripto en los registros respectivos brinda rápido acceso a información financiera con solo navegar en sus principales páginas web.

7. "The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005", Elementos salientes de la modificación. En: http://www.justice.gov/ust/eo/bapcpa/, fecha de consulta: noviembre de 2013.

8. Ley 22.802 de 1983. Argentina. Ley de Lealtad Comercial. Boletín Oficial 05/05/1983.

9. Para mayor información respecto de los elementos que constituyen el CFT: Danilo Everso Aristimuño Garay, E*l costo financiero total y su tratamiento contable*, Depto. de Matemáticas Universidad Nacional del Sur en Biblioteca Virtual, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires. En: http://www.cpba.com.ar/Biblioteca_Virtual/Publicaciones/Trabajos_Publicados/El_costo_financiero_total_y_su_tratamiento_contable.pdf, fecha de consulta: noviembre de 2013.

10. Comunicación A 2689 del 22/04/1998, correspondiente al Banco Central de la República Argentina por el cual se regulan cuestiones relativas a la publicidad de entidades financieras. En: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/50768/norma.htm, fecha de consulta: noviembre de 2013.

11. Graciela Lovece, *El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica*, Sup. Act., 2011, p. 3.

12. En la mayoría de los casos se puede ingresar e invertir en un Fondo Común de Inversión con un monto de apenas $2000 o $3000 por lo que la relación con consumidores de clase media no es excepcional.

13. Ernesto Granados, Germán Gerbaudo, Claudia Gracavilla y Martín, L*os acreedores involuntarios: La necesidad de su regulación*, XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de Junio de 2012.

14. Ariel A. Dasso, "La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global: la reforma de la Insolvenzordnung", Sup. CyQ, en LA LEY, 2009.

15. S-1651/11. Proyecto de Ley.

16. S-586/12. Dicho proyecto se identifica con el Proyecto de Ley de Insolvencia Familiar que sostiene la Unión de Consumidores de Argentina (UCA). En: http://www.ucargentina.org.ar/Proyecto-Insolvencia-fliar.pdf?note_id=339257852774507, fecha de consulta: noviembre de 2013.

17. Miguel Ángel Raspall, *Comentarios al Proyecto de Ley de "Régimen de Sobreendeudamiento para pequeños deudores"*, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de Junio de 2012, pp. 5 y 6.

18. Según art. 1 de la Ley 26.361 es consumidor "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. En: http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm, fecha de consulta: noviembre de 2013.

19. Carlos Molina Sandoval, *La tutela del consumidor desde la óptica concursal,* ED 208-796. Citado en Aida Kemelmajer de Carlucci, El "sobreendeudamiento" del consumidor y la respuesta del legislador francés, Academia Nacional de Derecho, 15-VI-2008, p. 4.

20. S-586/12. Óp. Cit.

21. Aida Kemelmajer De Carlucci, *El "sobreendeudamiento" del consumidor y la respuesta del legislador francés*, Academia Nacional de Derecho, 15-VI-2008, pp. 7 y ss.

22. En el caso de la asistencia profesional (letrada y de cualquier otro tipo) sería totalmente factible ponderar la idea de litigar sin gastos (o más bien, "conciliar sin gastos") en lo que respecta al Consumidor que acredite dicha necesidad.

23. Gilles Taormina, *Théorie et pratique du droit de la consommation,* Marseille, ed. Université d´Aix en Provence, 2004, p. 289; Nathalie Côte, Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la Loi 2003-210 du 1/8/2003, en La Semaine juridique, n°46, 2003, p. 1974. Citado en Aida Kemelmajer De Carlucci, Óp. Cit. p. 12.

24. Kemelmajer De Carlucci, Óp. Cit. p. 15.

25. En el proyecto de ley relativo a los pequeños concursos, la Senadora Bongiorno mantiene, como auxiliar de justicia, al Síndico Concursal con la tradicional y exclusiva calidad de Contador Público.

26. Ignacio A. Escuti (h.), *Las cosas en su lugar: en la antípoda de la conservación de la empresa y algunas bases para una reforma del derecho concursal argentino. El pequeño concurso,* JA, 1991, p. 2.

27. Diana Farhi De Montalbán, *La insolvencia del consumidor: el problema social globalizado que debe preocupar a la comunidad*, en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, ed. UNR y UCA, 2006, t. II, p. 103.

28. Miguel Ángel Raspall, *Comentarios al Proyecto de Ley de "Régimen de Sobreendeudamiento para pequeños deudores"*, Óp. Cit. pp. 3 y 4.

29. Cfr. Hugo Alberto Anchaval, "Los límites de la quita concursal, ¿Son recomendables para un consumidor sobreendeudado?", Sup. CyQ, 27, en *La Ley*, 2008, p. 4.

30. Ley 24.522 de 1995. Ley de Concursos y Quiebras. Congreso de la República Argentina. Artículo 236.

31. Édgar José Baracat, "Pequeñas quiebras y deudores de mala fe", en *La Ley*, 2009, p. 1.

La autorregulación publicitaria en Colombia

Cristian Camilo Parada Amaya*
Julián David Ruiz Rondan**

RESUMEN

La autorregulación publicitaria es una forma de gobernanza moderna que usa el gremio publicitario para acordar parámetros éticos de acción respecto de sus mensajes publicitarios. Colombia ha adoptado esta forma de control de la publicidad y ha expedido recientemente el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, que reemplaza a su anterior versión del año 1980. El articulo abarca los puntos más importantes respecto a la autorregulación iniciando con una breve introducción, seguido de un análisis sociológico de este fenómeno, así mismo, una descripción de la importancia, efectividad, ventajas, desventajas y otros puntos que consideramos vitales al momento de profundizar sobre este tema.

PALABRAS CLAVE

Autorregulación publicitaria, gobernanza moderna, publicidad, Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria.

ABSTRACT

Advertising self-regulation is a form of modern governance that uses the advertising guild to agree ethical parameters of action regarding their messages. Colombia has adopted this form of control of advertising and has recently issued the Colombian Code of Self-regulation, which replaces its previous version of 1980. The article covers the most important points with regard to the self-regulation, starting with a brief introduction, followed by a sociological analysis of this phenomenon, as well as a description of the relevance, effectiveness, advantages, disadvantages and other points that we consider vital at the time of deepening on this topic.

KEYWORDS

Advertising self-regulation, modern governance, publicity, Colombian Code of Self-Regulation.

SUMARIO

Introducción. 1. Aproximación sociológica. 2. Surgimiento. 3. Importancia. 4. Efectividad. 5. Ventajas. 5.1 Herramienta Eficaz Para Frenar Excesos E Ilegalidad. 5.2 Agilidad Y Economía. 5.3 Complementa La Legislación. 5.4 Mayor Adhesión Moral A La Ley 5.5 Minimización De Las Fricciones. 6. Desventajas. 6.1 Conocimiento Insuficiente De Casos. 6.2 Poca Publicidad De Las Normas. 6.3 Decisiones Tardías. 6.4 Sanciones. 6.5 Conflicto De Intereses. 7. Códigos. 8. Nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

La figura de la autorregulación publicitaria, ha sido desarrollada desde hace varias décadas con el fin de prevenir conductas desleales e ilícitas que puedan afectar a los anunciantes o consumidores.

Esta figura es tan solo un ejemplo de la variedad de sistemas de autorregulación existentes, muestra de la "gobernanza moderna" que procura cada vez por una sociedad más responsable de sus actos y más proactiva en sus políticas.

La forma en que se concreta la autorregulación es a través de normas éticas, en el caso de la publicidad, de códigos de autorregulación publicitaria. Estos códigos reflejan un compromiso y responsabilidad social de los actores privados del gremio publicitario, que con su conducta colaboran al mantenimiento del prestigio y credibilidad de la publicidad, y con ello, al sustento y progreso de su *good will*.

Este artículo es producto del trabajo realizado dentro del Semillero de Investigación en Derecho Privado en el periodo académico 2013-2 y fue presentado como trabajo final de la asignatura Derecho de la Publicidad en el Programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

1. Aproximación sociológica

La autorregulación, comprendida en abstracto, hace parte de la conocida "gobernanza moderna" que comprende la cooperación directa de los actores públicos y privados en las redes de políticas. La participación de los actores privados, objeto de este artículo, tiene principalmente dos formas de manifestación.[1]

La primera forma de autorregulación de la sociedad son los sistemas de negociación entre los representantes de intereses diferentes o incluso opuestos. La segunda, hace referencia a los gobiernos privados: organizaciones que imponen a sus miembros normas y criterios que no solo sirven a sus propios intereses, sino también a ciertos intereses públicos; también conocida como autorregulación delegada o social.[2]

Es esta última de la cual se ocupará este ensayo: la autorregulación social que se expresa en forma de normas de calidad o normas éticas que pueden regular asuntos más allá de lo efectivamente legislado, siempre que no contraríe la norma. Sin duda, un medio relativamente nuevo para la regulación de conductas y sanciones, que ha sido usado por algunos gremios.

2. Surgimiento

Aunque la publicidad descaradamente falsa es poco frecuente en el mercado actual, la publicidad que infla las características de los productos y los mensajes sutilmente engañosos son comunes, y resulta sumamente preocupante cuánta influencia tiene la publicidad engañosa sobre los consumidores que, de no mediar este engaño, no adquirirían el producto o servicio ofertado[3].

"Este protagonismo económico, social y cultural de la publicidad hace cada vez más necesaria la correspondiente regulación de sus diferentes aspectos normativos. Si la publicidad ocupa un lugar importante en nuestra sociedad e influye poderosamente en nuestras vidas, es lógico que nos preocupemos por las normas que deben guiarla"[4].

Es por esta razón que se hace necesaria la existencia de parámetros adicionales a la legislación en materia de publicidad, que en casos como el colombiano resulta insuficiente, se habla entonces de: la autorregulación publicitaria. Esta no es más que la manifestación de gobernanzas de interés privado del gremio publicitario que funciona como un reflejo de las normas de la comunidad, aplicables a los mensajes publicitarios, cuya base regularmente es construida por las leyes del Estado relativas a la publicidad, pero sin limitarse a ellas y ofreciendo alternativas de sobre-regulación o sub-regulación[5].

3. Importancia

Ya se ha dicho la frecuencia con que pueden aparecer mensajes publicitarios engañosos. Resulta entonces de esta práctica, un efecto no deseado de la publicidad desleal: la desconfianza del consumidor hacia la publicidad en general, sea legítima o no. Es decir, ante la inexistencia de un control efectivo de prácticas desleales en la publicidad, se genera un efecto de desprecio e incredulidad por el contenido de los mensajes publicitarios y, por ende, el good will de las empresas puede verse seriamente afectado.

Los consumidores tienden a dar mayor credibilidad a la publicidad si sus anunciantes –e incluso agencias publicitarias- adoptan un programa muy publicitado de autorregulación publicitaria[6].

Además, también se justifica la importancia de la autorregulación publicitaria por su carácter específico y su normativa especial y técnica, concertada entre los actores del gremio publicitario para buscar una publicidad más respetuosa del consumidor y de ciertos bienes públicos. La existencia de un control eficaz también puede reducir la necesidad y la demanda de la regulación del gobierno que puede dar lugar a normas contradictorias, trámites y costos de litigio[7].

La autorregulación, a diferencia de la regulación del gobierno, puede ofrecer estándares más realistas y apropiados, decisiones mejor aceptadas, normas más sanas y proactivas que pueden resultar en menores costos y mayor eficacia de implementación, así como una configuración adecuada de bienes públicos[8].

Aunque, bien es cierto que no cabe dudar de la importancia del papel imprescindible del Derecho en la regulación de la publicidad, no es menos cierto que la norma jurídica es general y en materia de publicidad ha dejado cierto margen a la hora de concretar las conductas, además de su restricción a la regulación en el orden jurídico, dejando en el aire aquellas conductas de incidencia ética que pueden dañar la imagen de la publicidad y provocar un malestar social[9]: materia de código de conducta, propios de la autorregulación.

Por último, es factible decir que resulta de gran importancia el escenario de la autorregulación publicitaria, por cuanto puede servir como un escenario de ensayo para la regulación futura, después de que las normas éticas voluntarias se han probado, refinado y ampliamente aceptado[10].

4. Efectividad

Ahora bien, no solo basta con alegar la importancia de este mecanismo de gobernabilidad moderna, sino que también es necesario identificar los elementos que resultan necesarios para lograr su efectividad.

Debe entenderse que la autorregulación está diseñada para: primero, minimizar las reacciones desfavorables de la comunidad, el mercado y el Estado, en las formas de: mala imagen, competencia desleal y exceso de regulación; y segundo, asegurar que la mayoría de los profesionales se comportan adecuadamente[11]. El cumplimiento de estas dos, mide el grado de eficacia de la misma.

Según un estudio realizado por Priscilla A. Labarbera[12], las cinco actividades que son críticas para la efectividad de la autorregulación son: la creación de un código escrito, la firma o señal de aceptación, la aplicación del código, la auditoría del programa de autorregulación y la creación de conciencia pública.

Lo anterior se logra con la creación de un código concertado por los actores del gremio publicitario y la propensión a la inserción del consumidor en el diseño de políticas de autorregulación, mediante escenarios efectivos de participación y expresión;

que sea promulgado con presencia y aprobación de los miembros participantes y que cree órganos de control y juicio de las conductas establecidas en el código ético. Además, por supuesto, de una efectiva difusión del mismo código en la sociedad, para generar la conciencia pública de respeto de ciertos parámetros mínimos en los mensajes publicitarios.

Por su parte, siguiendo a Hugo Aznar[13], las medidas y mecanismos de autorregulación se crean y hacen efectivos a través de cuatro fases o elementos: la primera consiste en la agrupación del gremio para tomar la decisión conjunta de promover su propia regulación ética y deontológica; la segunda fase, consiste en establecer los criterios que deben guiar las conductas publicitarias moral y deontológicamente correctas, la cual es la tarea propia de los códigos éticos; en tercer lugar, hay que hacer lo posible para que esas normas éticas codificadas se cumplan en la práctica, esta es la tarea de los comités u organismos de control y juzgamiento que establezca el mismo código; y finalmente, el estudio, la discusión y el juicio de la actividad publicitaria por quienes la realizan favorece que se tome conciencia y se aprenda cada vez más acerca de su dimensión moral: creando cauces estables de aprendizaje y responsabilización morales.

5. Ventajas

Los sistemas de autorregulación publicitaria como medio para cumplir con las necesidades de emisores, agencias de publicidad y usuarios ha tenido gran acogida en el mundo, ya que ofrece a los intervinientes ciertas ventajas que han sido desarrolladas por varios autores. Estas ventajas consisten en que: es una herramienta más eficaz para frenar los excesos y la ilegalidad en la publicidad, resulta más ágil y económico, complementa las legislaciones, hay mayor adhesión moral de la ley, así como minimiza las fricciones entre las empresas y la posición intermedia de los medios de comunicación. A continuación se explica cada una.

5.1 Herramienta eficaz para frenar excesos e ilegalidad

En ocasiones, los anuncios publicitarios no tienen en cuenta y exceden los presupuestos de las legislaciones nacionales, los emisores del anuncio publicitario prefieren pagar multas excesivamente altas para cumplir con el fin de obtener la publicidad deseada. Simplemente ponderan el beneficio es superior al costo en el anuncio publicitario y, por ende, si las ganancias justifican la multa que se deberá pagar por la violación de una disposición legal.

La autorregulación publicitaria puede frenar esos excesos. La adhesión a estos códigos éticos los compromete a no afectar, ni pasar por encima de los competidores arbitrariamente, con el fin de proteger al consumidor, a los productores y al Estado.

5.2 Agilidad y economía

La autorregulación publicitaria resulta ser más ágil y económica para los gobiernos. El proceso legislativo para la promulgación y sanción de una ley, resulta más dispendioso y costoso para el Estado, que si los actores privados del gremio publicitario se adhieren a un código de autorregulación. De otro lado, como lo expone la profesora LaBarbera[14], resulta más barato, eficiente y eficaz porque la industria sabe mejor cuáles son los problemas y sus soluciones adecuadas. En caso de que la industria no tenga información sobre ciertos temas (por ejemplo, en qué medida los consumidores están satisfechos con la publicidad o se sienten engañados por ciertos anuncios) se pueden obtener a través de muestreos que financiará el sector privado.

5.3 Complementa la legislación

Los vacíos legales que se puedan llegar a presentar respecto de la publicidad, pueden complementarse con las disposiciones de los códigos de autorregulación publicitaria de cada país, que no sustituyen a la regulación, sino que como lo advierte J. J Boddewyn, la complementa más allá de lo prescrito por la ley. Inclusive en Bélgica y en Francia, el sistema de autorregulación se aplica en estándares legales, por lo tanto, los códigos pueden hacer frente a los asuntos que la ley considera difícil de manejar (por ejemplo: el gusto, la decencia y el sexismo) y ser aún más rigurosos que el gobierno. En síntesis, en concordancia con lo antes mencionado, Boddewyn propone que la autorregulación puede servir incluso como un "campo de pruebas" para que las normas sean finalmente incorporadas a la ley, una vez su eficacia ha sido probada.[15]

5.4 Mayor adhesión moral a la ley

Los códigos y las directrices se desarrollaron y adoptaron voluntariamente por miembros que deben obedecer no sólo la letra sino también el espíritu de las normas autoimpuestas, y deben cumplir por las decisiones auto-elegidas.[16] Así pues, la adhesión voluntaria a una norma ética, que reproduce o concuerda con las disposiciones legales, genera una mayor adhesión moral a esta última, por asociación de contenidos.

5.5 Minimización de las fricciones

Este sistema de gobernabilidad moderna ayuda a minimizar las fricciones que puedan producirse entre anunciantes y/o agentes publicitarios, ya que la autorregulación establece mecanismos de solución de conflictos que no necesariamente implican el uso de la vía judicial, como sí en la regulación.[17]

6. Desventajas

No obstante, en aras de la imparcialidad, es necesario mencionar que en ocasiones la autorregulación publicitaria puede adolecer de ciertas desventajas, las cuales se mencionan adelante.

6.1 Conocimiento insuficiente de casos

En general, aunque sus códigos éticos sean más amplios en normativa, la realidad refleja que este sistema no es lo suficientemente amplio para abarcar todas las denuncias recibidas por la gran cantidad de anuncios publicitarios que pueden violar disposiciones del código ético.

Resulta aconsejable entonces que en los sistemas de autorregulación se plantee una mayor coordinación y colaboración entre los sujetos que intervienen en la publicidad y el aparato judicial. Así como también es imperante, el mantenimiento de la eficacia de los órganos de control que ha creado el mismo código.

6.2 Poca publicidad de las normas

Al no tener un carácter legal, el Estado no vela por su efectivo conocimiento. El consumidor medio no suele conocer la existencia y contenido de estos códigos de autorregulación.

Como medida para contrarrestar este efecto, es necesario que los mismos actores privados se comprometan a ejercer una función de promoción eficaz del código y su contenido. Pues, en la ac-

tualidad, se ve más una promoción acerca de su pertenencia al sistema ético, sin que eso signifique que el consumidor conozca de qué se trata.

6.3 Decisiones tardías

Otra dificultad probable de este sistema hace énfasis en la congestión que se puede presentar por la acumulación de denuncias sobre la violación de disposiciones contenidas en los códigos de autorregulación. Pues en los casos de imposición de una sanción, el proceso resulta un obstáculo en la medida que al momento del juicio el anuncio publicitario ya ha sido retirado y no se hace factible una sanción efectiva.

Sin embargo, sobre este punto cabe recordar que los códigos de ética tienen un fin más preventivo que sancionatorio. Con lo que su efectividad se verá en la medida en que pocos sean los casos que deban tramitarse.

6.4 Sanciones

En algunos casos, no es el nuestro, la persuasión moral es la única sanción que algunas asociaciones de autorregulación usan para combatir al anunciante o agente publicitario.

En relación a esto, es recomendable la inclusión de multas y otras sanciones socioeconómicas, como puede ser el retiro de cierta asociación que le reputa un prestigio al éticamente vinculado.

6.5 Conflicto de intereses

También es posible que en la creación de los códigos de autorregulación pueda existir manipulación por grupos poderosos en el gremio, lo que conllevaría al establecimiento de reglas que más que estar en pro del interés público, parecieran servir a intereses privados.

7. Códigos

Como hemos visto, los códigos de autorregulación publicitaria son la concreción de las normas que se han concertado por el gremio correspondiente, en nuestro caso el publicitario. Estos códigos por lo general cuentan con una serie de principios mínimos, contienen disposiciones generales, así como reglamentaciones específicas –a las cuales la ley muchas veces no llega-, también incluyen el procedimiento ante el incumplimiento de algún compromiso ético y su correspondiente órgano de control y juicio.[18]

El primer código ético en el mercado publicitario fue creado en 1937 y hoy en día, con algunas modificaciones sigue vigente: se trata del Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la International Chamber of Commerce (ICC)[19]. Su última modificación data del año 2011.

Con la aparición de este código, fueron apareciendo paulatinamente varios códigos nacionales de autorregulación publicitaria. Los primeros países en adoptar esta práctica fueron: Estados Unidos, Gran Bretaña y otros países del norte de Europa. Por su parte, Colombia cuenta con este mecanismo desde el año 1980 y recientemente renovó su sistema de autorregulación publicitaria con el lanzamiento del Nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, del año 2013.

8. Nuevo código colombiano de autorregulación publicitaria

El pasado 16 de octubre de 2013 fue lanzado el nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria durante el encuentro anual de la Red Latinoamericana de Organismos de Autorregulación Publicitaria (CONARED).

Esta nueva versión mantiene los principios generales de todos los códigos de autorregulación, como son la veracidad, la decencia y la honestidad, siguiendo los parámetros que estableció el Código de la ICC. Adicional a ello, incluye como principios rectores de la actividad: la buena fe y la responsabilidad social, mostrando así el compromiso de la industria publicitaria con el mejoramiento integral del país.[20] Lo que muestra desde ya, un compromiso gremial en favor del interés público y como forma de exaltar el buen nombre que debe tener la publicidad.

Además, hace extensiva la aplicación del Código a todo tipo de publicidad que se pretenda difundir, independientemente de su origen. Con lo que pretende ampliar su espectro de aplicación a los contenidos foráneos a los que pueda estar expuesto el consumidor[21].

En relación con el respeto de los derechos a la imagen y a la intimidad, establece requisitos que buscan proteger la dignidad de la persona y su bueno nombre, así como el reconocimiento de su consentimiento[22].

En cuanto a los derechos de propiedad intelectual, propende por el respeto e integridad de la propiedad industrial de terceros, así como por el cumplimiento de las disposiciones normativas de Derecho de Autor[23].

Por su parte, los derechos ambientales y los de protección al consumidor también tienen cabida en este código, siendo las disposiciones de los primeros una novedad de este nuevo códice. Pues lo nuevo hoy sobre el consumismo es el hecho de que las preocupaciones de los consumidores actuales se centran en los valores humanos y las consideraciones ambientales involucrados en las decisiones económicas de consumo, que llegan a tener una influencia directa mayor que los problemas estrictamente económicos[24].

Entre tanto, el capítulo sobre publicidad comparativa profundiza en aspectos importantes tales como las pruebas de las afirmaciones, los requisitos que se deben cumplir para su difusión y el respeto a la leal competencia, siempre en beneficio del consumidor[25].

Así mismo, se establecen en el Código mayores controles para los contenidos de la publicidad de algunas categorías de productos como son: mensajes con causas sociales, medicamentos y productos para la salud y publicidad de bebidas alcohólicas, tabacos y cigarrillos. Los cuales ya tienen su regulación propia, pero como hemos visto, no obsta para que la autorregulación pueda complementarla.

En concordancia, una de las novedades que introduce este código, es la de destinar un capítulo completo a la publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas, disposiciones que no existían en su anterior versión, en atención a la responsabilidad que asume la industria con la salud de las personas y, en general, con la promoción de hábitos de vida saludables[26]. Mostrando de nuevo cómo la autorregulación puede abarcar temas más minuciosos que la misma legislación, en pro del interés público.

Otra novedad del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria es la de dedicar un capítulo completo a los mensajes comerciales dirigidos a niños, niñas y adolescentes, en primer lugar, con el fin de adecuar sus disposiciones a las de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia y, en segundo lugar, como un acto de consciencia de la industria publicitaria de la necesidad de protección especial que deben tener los menores de edad por parte de toda la sociedad.[27]

En relación con las nuevas tecnologías, el Código reserva uno de sus capítulos a la publicidad en medios digitales interactivos, atendiendo a la expansión creciente de medios y canales que se encuentran disponibles hoy en día para llegar a los consumidores. Así las cosas, el sector publicitario colombiano se compromete igualmente a mantener una conducta ética y responsable a través de los medios digitales. Mostrando así su compromiso por abarcar la totalidad de las modalidades de anuncios publicitarios y su constante actualización.

Finalmente, la nueva versión del Código adiciona el número de integrantes de la Comisión Na-

cional de Autorregulación Publicitaria (CONARP) en tres miembros, que serán elegidos por los representantes de las organizaciones adherentes y los suscriptores del mismo, entre expertos independientes reconocidos e idóneos dentro de su área de práctica, ya sea en la publicidad, el derecho, los medios de comunicación, la protección de los derechos de consumidores, entre otros, con el fin de dotar a la Comisión de un amplio campo de trabajo a la hora de proferir fallos o emitir conceptos. De igual manera, se crea el Consejo de Revisión de Autorregulación Publicitaria, que será el encargado de los trámites de segunda instancia, compuesto por tres (3) miembros Ad-Honorem, seleccionados de entre personas de reconocida independencia, trayectoria, representatividad e idoneidad en los asuntos propios de la industria publicitaria, los derechos de los consumidores y/o la libre y leal competencia, para cada caso particular.

Conclusión

Queda visto pues, que Colombia no es nueva en el tema de la autorregulación. Todo lo contrario, Colombia lleva 33 años de autorregulación publicitaria y acaba de lanzar la nueva versión de su Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, el cual está a la vanguardia de las nuevas necesidades de un mundo globalizado y digitalizado.

Es claro también que la autorregulación publicitaria presenta tanto ventajas como desventajas, sin embargo, estas últimas pueden ser subsanadas mediante una adecuada normativa ética, compromiso social y control del sistema.

No queda más que augurar éxitos al nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria y a la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONARP), para que la aplicación de esta normativa ética sea efectiva y el consumidor se vea realmente protegido de las conductas desleales que puede presentar la publicidad.

Bibliografía

Hugo Aznar, "Publicidad y ética: la vía de la autorregulación", en Revista Latina de la Comunicación Social, 25 (2000). En: http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html (disponible el 03-XI-2013)

J. J. Boddewyn, "Advertising Regulation, Self-Regulation and Self-Discipline Around the World," en *International Marketing I*, 1 (1981)

Jean J. Boddewyn, "Advertising Self-Regulation: True Purpose and Limits", en *Journal of Advertising*. Vol. 18, 2 (1989)

Cámara de Comercio Internacional (ICC). "Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC", 1937, mod. 2011. En: http://www.iccmex.mx/correos/2011/septiembre/Nuevo%20C%C3%B3digo%20Consolidado%20%20ICC.pdf (Disponible el 03-XI-2013)

Priscilla A. Labarbera, "Analyzing and Advancing the State of the Art of Advertising Self-Regulation", en *Journal of Advertising*. Vol. 9, 4 (1980)

Priscilla Labarbera, "Advertising Self-Regulation: An Evaluation," en *MSU Business Topics*, v.28 (1980)

Priscilla Labarbera, "Advertising Self-Regulation: Private Government and Agent of Public Policy," *Journal of Public Policy and* Marketing. (1983)

Renate Maintz, "El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna", en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 21 (2001)

Nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. En: http://www.conared.com/#!noticias/c1hxt, (Disponible el: 01-XI-2013)

Louis L. Stern, "Consumer Protection Via Self-regulation", en *Journal of Marketing*, V. 35 (1971).

Ximena Tapias, "Presentación", Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria

Notas

* Cristian Camilo Parada Amaya. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 9° semestre. Correo: Cristian.parada@unisabana.edu.co. Miembro del Centro de Estudios en Propiedad Intelectual, CEDEPI.

** Julián David Ruiz Rondan. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 9° semestre. Correo: Julian.ruiz@unisabana.edu.co o jruizrondan@ius.austral.edu.ar. Miembro del Centro de Estudios en Propiedad Intelectual, CEDEPI. Coordinador del Semillero de Derecho Privado. Director de la Revista virtual de estudiantes Dissêrtum.

1. Cfr. Renate Maintz, "El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna", en Revista del CLAD Reforma y Democracia, 21 (2001), p. 2.
2. Cfr. Ibid.
3. Cfr. Priscilla A. Labarbera, "Analyzing and Advancing the State of the Art of Advertising Self-Regulation", en Journal of Advertising. Vol. 9, 4 (1980), p. 27.
4. Hugo Aznar, "Publicidad y ética: la vía de la autorregulación", *en Revista Latina de la Comunicación Social*, 25 (2000). En: http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html, fecha de consulta: 03-XI-2013.
5. Cfr. Jean J. Boddewyn, "Advertising Self-Regulation: True Purpose and Limits", en Journal of Advertising. Vol. 18, 2 (1989), p. 20.
6. Cfr. Op. Cit. Labarbera. p. 27.
7. Cfr. Ibid.
8. Cfr. Op. Cit. Boddewyn. p. 21.
9. Cfr. Op. Cit. Aznar.
10. Cfr. Op. Cit. Boddewyn. p. 21.
11. Cfr. Ibid. p. 22.
12. Op. Cit. Labarbera. p. 32.
13. Op. Cit. Aznar.
14. Cfr. Priscilla LaBarbera, "Advertising Self-Regulation: An Evaluation," *en MSU Business Topics,* v.28 (1980), p. 55-63.

15. Cfr. J. J. Boddewyn, "Advertising Regulation, Self-Regulation and Self-Discipline Around the World," *en International Marketing I*, 1 (1981), p. 46-55.

16. Cfr. Ibid. "Advertising Self-Regulation: Private Government and Agent of Public Policy," *Journal of Public Policy and Marketing*. (1983), p. 131.

17. Cfr. Ibíd., p. 131.

18. Óp. Cit. Labarbera. p. 32

19. Cámara de Comercio Internacional (ICC). "Código Consolidado de Prácticas Publicitarias y Mercadotecnia de la ICC", 1937, mod. 2011. En: http://www.iccmex.mx/correos/2011/septiembre/Nuevo%20C%C3%B3digo%20Consolidado%20%20ICC.pdf, fecha de consulta: 03-XI-2013.

20. Ximena Tapias, "Presentación", Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. p. 9.

21. Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria. Capítulo 1.

22. Ibíd. Art. 18.

23. Ibíd. Art. 19.

24. Louis L. Stern. "Consumer Protection Via Self-Regulation", *en Journal of Marketing*, V. 35 (1971), p. 48.

25. "Nuevo Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria". En: http://www.conared.com/#!noticias/c1hxt, fecha de consulta: 01-XI-2013.

26. Ibid.

27. Op. Cit. Tapias. p. 10.

Las prácticas genéticas en el sistema de salud argentino: un primer abordaje

Olga Lucía Camacho Gutiérrez*

RESUMEN

La genética, encargada del estudio de la herencia desde un sentido biológico, no escapa al igual que otras ciencias al estudio del Derecho, más aun cuando el desarrollo científico suscita vacíos e interrogantes que, desde la normativa actual, siguen sin encontrar una solución pacífica.

Las prácticas genéticas en su faz predictiva o diagnóstica, producto del resultado obtenido de la descodificación del genoma humano, han sido aplicadas a la salud humana con el objetivo de predecir y prevenir la ocurrencia de las enfermedades que han sido transmitidas a la descendencia. Sin embargo, tal concepción biologicista de "salud= genética", sería más adelante reevaluada con la inclusión a la fórmula de los determinantes sociales. Ello ampliaría además el margen de "prevención", a un ámbito que trasciende la genética y aborda de manera integral la salud.

Así, considerando ambos factores, tanto genéticos como ambientales, sociales, psicológicos, etc., su introducción en el sistema de salud argentino ha sido particular, específicamente respecto a las de tipo diagnóstico aplicadas al campo de reproducción humana por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

No obstante, se advierte, entre otros, la existencia de vacíos legales respecto al resultado positivo del diagnóstico frente a una enfermedad o defecto congénito en el embrión, ya que ni la doctrina ni la ley actual que regula la materia, convienen para dar solución a los eventos en que ese embrión habrá de ser descartado, seleccionando a los que por el contrario se encuentran saludables.

PALABRAS CLAVE

Genoma humano, prácticas genéticas predictivas, pruebas genéticas diagnósticas, enfermedades genéticas, Derecho a la salud, prevenir, reduccionismo genético, sistema de salud argentino.

ABSTRACT

Genetics, in charge of the study of heritage in the biological sense, does not escape like other sciences to the study of law, even more when scientific development creates questions and gaps that, from actual regulations still don't find a pacific resolution. Genetic practices in their predictive or diagnostic face, outcome of the human genome decodification, have been applied to human health in order to predict and even prevent the occurrence of diseases that have been transmitted to the offspring. However, such a biologist conception "health = genetics," would later be re-evaluated with the inclusion of the social determinants for-

mula. It also expanded the scope of "prevention", an area that transcends genetics and addresses health holistically. Thus considering factors, both genetic and environmental, social, psychological, etc. Its introduction to the Argentine health system has been particular, specifically regarding diagnosis applied to the field of human reproduction through Assisted Human Reproduction Techniques. However, we see, among others , the existence of legal gaps regarding the positive outcome of diagnosis about a disease or birth defect in the embryo , since neither the current law regulates the matter , nor the doctrine agree to solve the events in which the embryo will be discarded, choosing instead those who are healthy.

KEYWORDS

Human Genome, predictive genetic testing, diagnosis genetic testing, genetic diseases, Right to health, predict, genetic reductionism, Argentinian healthcare system, prevention.

SUMARIO

1. Las Pruebas Genéticas. 1.1 Qué Son, En Qué Consisten, Áreas De Aplicación. 1.2 Objetivos Y Áreas De Aplicación De Las PG. 1.3 Proceso De Las Pruebas Genéticas. Del Consejo Genético A La Toma De Medidas. 1.4 Medicina De "Curar" A "Prevenir". 2. Aspectos Generales Del Derecho A La Salud. 2.1 Reduccionismo Genético Vs. Determinantes Sociales. 3. Prácticas Genéticas Y El Sistema De Salud Argentino. 3.1 Algunas Características Y Problemas Principales De Los Tres Subsistemas. 3.2 La Prestación Médica Genética En El Sistema De Salud Argentino. 4. Algunos Asuntos Pendientes. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

No resulta ser para nada novedoso que uno de los objetivos en materia de salud sea, entre otros, la prevención de su afectación en las personas. A partir específicamente del 2003, año en que se logra la descodificación completa del genoma humano, aquel sería un propósito que empezaría a consolidarse en cierta forma, más aún con el apoyo de las nuevas tecnologías en auge.

Haber descifrado el genoma o descomponer "el libro de la vida" en sus partes más pequeñas, tenía como fin no solo poder comprender la forma en como los procesos a nivel atómico en el organismo humano se llevan a cabo –por ejemplo, la síntesis de proteínas-, sino también establecer con claridad la forma en cómo los genes determinan los rasgos y más específicamente la salud de las personas, partiendo de que también las enfermedades son transmisibles a la descendencia.

Así las cosas, a través de los años diversas investigaciones y descubrimientos de carácter científico en el que han participado más de un centenar de científicos, para el año 2001 permitieron presentar el primer borrador de secuenciación del genoma humano. En el 2003, fue formalizado por el gobierno de los Estados Unidos, conteniendo resultados que ya habían sido programados a partir de la creación del Proyecto de Genoma Humano en 1990.

Desde luego, la obtención de dicho logro marcaría un hito, no sólo para la ciencia genética sino para otras ciencias como la Medicina, que se preocuparía por el impacto que significaría para la salud el hecho de poder predecir la probabilidad de transmitir enfermedades a partir de los genes, la "unidad de la herencia"[1]; y el derecho, respecto a cómo habría de regularse el acceso a la información que se derivara del estudio de la genética en seres humanos, la protección de su intimidad genética y la interacción de todas las nuevas prácticas procedentes de dicho descubrimiento con relación a los Derechos Humanos.

Así, el campo de lo jurídico se ha visto en la necesidad de delimitar la ciencia genética aplicada a los seres humanos a determinados principios que, habiendo sido consensuados por el concierto internacional, fijaran límites al progreso de la ciencia, puesto que se había demostrado que su uso indiscriminado por intereses ajenos al bien común resultaban altamente perjudiciales para la humanidad.

De esta forma se explica la vigencia, hoy por hoy, de instrumentos que aluden al desarrollo del conocimiento de la genética frente a los Derechos del Hombre. Entre los más importantes, tenemos la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos[2] y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos; a nivel europeo, la Convención Para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina o Convención de Derecho Humanos y Biomedicina[3] -conocida popularmente como Convenio de Oviedo-; y a nivel latinoamericano, la Declaración Ibero-Latinoamericana sobre ética y genética -conocida como Declaración de Manzanillo[4]-. En definitiva, todos ellos buscan establecer normas y pautas rectoras que guíen en la práctica la aplicación de la ciencia genética en el hombre.

En este mismo sentido, nuevas vertientes del derecho como el Bioderecho y el Derecho Genómico se han vinculado gradualmente a estos temas de manera especializada, por ejemplo con el análisis de las normas contenidas en cada uno de dichos instrumentos a la luz de los principios bioéticos. Asimismo, se han ido delineando las diversas consecuencias jurídicas derivadas de la obtención de patentes sobre genes -que recordemos es patrimonio de la humanidad- y cómo ello influye en el acceso a servicios de salud.

Ahora bien, en el presente escrito, considerando que poco ha sido el desarrollo que sobre algunas de las practicas genéticas aplicadas al ser humano se ha dado, se espera presentar una perspectiva crítica -por lo menos básica- del desarrollo de las denominadas prácticas genéticas predictivas y diagnósticas llevadas al campo de la salud. Vale en todo caso aclarar que será una temática desarrollada desde el campo de lo jurídico, lo que no implica que no se pueda recurrir a determinado vocabulario técnico utilizado en la ciencia médica genética que, desde luego será expuesto de manera sencilla.

Así, el presente trabajo, elaborado en la Cátedra de Derecho de la Salud en la Universidad de Buenos Aires, ha sido divido en tres ejes principales: el primero, abordando algunas cuestiones básicas y fundamentales de las pruebas genéticas haciendo referencia a sus objetivos y sus dos campos de aplicación. El segundo, desde una perspectiva amplia y general haciendo referencia al derecho a la salud, junto con dos conceptos de salud que se han concebido a partir del reduccionismo genético y la influencia actual de los determinantes sociales. Y el tercero, en donde se analiza desde el sistema de salud argentino la inclusión de las prácticas genéticas desde sus tres subsistemas, advirtiendo, como lo hacemos en el contenido de dicho aparte, que más que respuestas específicas se pretende dejar planteados ciertos interrogantes que, se espera, puedan ser objeto de debate en próximos escritos.

1. Las pruebas genéticas

1.1. Qué son, en qué consisten, áreas de aplicación

Las pruebas genéticas (PG) o test genéticos (como bien lo indica su nombre) son pruebas realizadas en el ADN, "el instrumento de acceso directo al conocimiento del genoma de las personas"[5]. Conocimiento que hasta los años 90 sería aplicado en el campo de la salud, justo con el nacimiento de la medicina génica, dedicada hoy por hoy a la implementación de la ingeniería genética en la prevención y diagnóstico de enfermedades de origen genético.

Diferentes instrumentos internacionales como el Convenio de Oviedo y la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos que establecen principios para la implementación de estas pruebas, junto con los resultados obtenidos por el Proyecto de Genoma Humano en 2001 y 2003, han incrementado considerablemente su uso por los médicos genetistas en la actualidad. Ello, siempre debidamente complementado por la ayuda del desarrollo y el surgimiento de las nuevas biotecnologías.

1.2. Objetivos y áreas de aplicación de las PG

Ahora bien, los objetivos que se persiguen con la realización de las pruebas genéticas son básicamente dos: 1) *Predictivo*: prevenir enfermedades genéticas –distintas de las enfermedades comunes[6]- y multifactoriales o denominadas de predisposición genética, y 2) *Diagnóstico:* identificar la existencia o no de enfermedades, malformaciones con causa genética o defectos congénitos.

Sobre éste primer objetivo, el Convenio de Oviedo ayuda a delimitar los casos en los que el propósito predictivo de las PG se proyecta:

1. En las enfermedades genéticas preexistentes: cuyo carácter pareciera ser de mero diagnóstico y no predictivo por tratarse de una enfermedad genética ya existente, tal y como lo sostiene Romeo Casabona7.
2. La identificación del sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad genética. "Pues ocurre que la determinación de si una persona es portadora o no de un gen recesivo puede cambiar sus riesgos de transmitir una enfermedad a su descendencia".8
3. La detección de una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad por el individuo. La predisposición o susceptibilidad genética es denominada también enfermedad multifactorial en tanto que, en ésta se involucran uno o más genes deletéreos –es decir causantes de una enfermedad genética- "pero que solo conjugados con ciertas circunstancias (dieta, ambiente, contacto con químicos, etc.) producirán un estado de enfermedad"[9].

En estos casos las PG *predictivas* se dirigen en principio a la prevención de las enfermedades de tipo genético –de preferencia en su etapa asintomática- para que, con base en los resultados obtenidos por éstas, se puedan implementar las medidas terapéuticas de prevención correspondientes (como terapia génica, medidas de prevención primaria de tipo pasivo –evitar exponerse a los ambientes que activan el gen deletéreo- o activo –la toma de algún fármaco que inhiba la expresión del gen-[10]).

Las pruebas o test genéticos así planteadas, desde la óptica de la medicina, permitirán en su aplicación en el área de la salud, cumplir con uno de los objetivos más relevantes de la práctica clínica: la prevención. Por su parte, desde la óptica del derecho, son test que podrían servir no sólo como "justificante" de la negativa por parte de las empresas de aseguramiento en salud para cubrir a las personas cuyo riesgo de presentar una enfermedad multifactorial sea elevado-es decir, sean portadores en riesgo- , o cuya enfermedad genética tenga un nivel de expresividad acentuado que requiera tratamientos que, además de ser de alto costo, deban ser proveídos de por vida –debido a la irreversibilidad de ambos tipos de enfermedad-. Sino también, en materia laboral, como posible factor de discriminación impidiendo, a la persona que presente alguna de estas, poder emplearse en algún tipo de trabajo.

Respecto al segundo objetivo, la aplicación de las PG diagnósticas tienen particular relevancia y difusión en materia reproductiva en tanto apuntan a la identificación de enfermedades genéticas heredables, defectos congénitos (DC), malformaciones o mutaciones presentes en el feto o embrión, o, en el caso particular de la pareja o persona sola[11], detectar la existencia o no de enfermedades genéticas heredables al futuro hijo.

Son tres los tipos de PG diagnósticas, a saber: la preimplantaria, la preconcepcional o prenatal.

1. Pruebas genéticas diagnósticas en la preimplantación: Se realiza justo antes de ser implantado o transferido el embrión obtenido in vitro en la mujer. La finalidad, como se señaló, es detectar en el futuro hijo el padecimiento de alguna enfermedad, o malformación genética.

Son pruebas bastante controvertidas en tanto que, frente al resultado positivo de la existencia de una enfermedad, malformación o mutación de origen genético en el embrión, este podría ser descartado para su implantación en la mujer o destinado a la investigación o experimentación médica.

Lo anterior suscita algunos interrogantes: ¿Qué acción habrá de ser implementada respecto a ese embrión afectado por alguna enfermedad, malformación o mutación genética?, ¿estas habrán de conducir necesariamente a la destrucción del embrión o su destino a la investigación o experimentación médica, o ello solo será frente a las enfermedades, malformaciones o mutaciones con un nivel de expresividad particularmente acentuado?, entre otros.

Son eventos que conllevan a un serio análisis en la ciencia del Derecho por tener que aludir a situaciones jurídicas cuyos conceptos no son para nada pacíficos –por lo menos a nivel doctrinario- como el comienzo de la vida humana – ligado a la protección de los derechos del nasciturus-; el estado de los embriones no implantados en el útero de la mujer –si son o no persona- ; y por otro lado bioético, por cuanto desde la práctica médica los principios aplicables a la investigación o experimentación podrían hallarse en conflicto con los derechos que pudieran ser atribuidos a ese embrión en función de su protección .

Bien se advierte por diversos doctrinantes en la materia –Casabona, Muñoz de Alba Medrano, Casado, Penchaszadeh, entre otros-, que los vacíos normativos existentes en tales prácticas podrían sin duda servir de vía no solo a las prácticas típicamente eugenésicas que se han distinguido, entre otras cosas, por impedir el nacimiento de los denominados "indeseables" º por el contrario, inclinarse por el nacimiento exclusivo de los embriones que presenten características "deseables"[12]; sino también a la selección de los embriones genéticamente compatibles con algún otro descendiente de la madre dando lugar a los denominados "niño medicamento", reprochable por algunos en la medida en que se estarían gestando "bancos de órganos".

Para finalizar en este sentido, ya que este aparte no pretende ser abarcativo de la discusión, hoy por hoy vigente en lo que se refiere al dilema jurídico y bioético de las pruebas genéticas diagnósticas preimplantarias, sí vale la pena señalar que desde estos dos campos -jurídico y bioético- los debates continúan, baste citar la realización de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo el 26 y 27 de septiembre en Buenos Aires, Argentina, cuyos temas de debate, fueron entre otros, la persona humana, el comienzo de su existencia, el estatuto jurídico del embrión, la experimentación en seres humanos y ; las XIV Jornadas Argentinas de bioética en las que se discutieron así mismo los temas de la experimentación e investigación clínica en seres humanos y embriones obtenidos *in vitro.*

2. Pruebas genéticas diagnósticas preconceptivas: En análisis preconceptivo se realiza a la persona sola o pareja que pretenda concebir, siendo informada de la probabilidad que tiene o no de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones genéticas13.
3. Prácticas genéticas diagnósticas prenatales: Se prevé su realización en el feto y el propósito no varía: detectar la existencia de una enfermedad o malformación genética. Se adiciona no obstante la posibilidad de identificar algún defecto congénito DC que padezca o no el feto. La diferencia entre los defectos congénitos y

las enfermedades genéticas es que, los DC son resultado del entorno al cual ha sido expuesto éste en su estancia en el útero materno, en tanto que, aquéllas –enfermedades genéticas- han sido transferidas al feto por sus padres a través de los genes.

En general, los diagnósticos que se realizan con ayuda de los test o pruebas genéticas permiten desde el inicio del embarazo –o incluso antes- que se pueda identificar el riesgo o probabilidad existente de transmisión a la descendencia de enfermedades genéticas, mutaciones, etc., con el propósito de adoptar –al igual que en las PG predictivas- las medidas correctivas que de acuerdo al estado actual de la ciencia médica permitan proveer al futuro hijo de una mejor calidad de vida.

Sin embargo, no dejan de subsistir a su vez, tal y como se advirtió en las PG predictivas, algunos asuntos por clarificar, especialmente en lo que atañe a los test genéticos diagnósticos de tipo preimplantario y prenatal, como la recomendación del aborto terapéutico en caso de malformación en el feto o embrión ya implantado, así como la responsabilidad del profesional médico y el equipo científico que interviene en la emisión de un diagnóstico erróneo, bien por diagnosticar una enfermedad o malformación supuestamente existente sobre la cual se interviene genéticamente al embrión o feto de manera definitiva –falso positivo-; o bien por hacerlo expresando un resultado negativo en el diagnóstico –falso negativo-.

En este último caso, los retos que se plantean a la tradicional teoría de la responsabilidad civil versarán no solo en la prueba del daño, su cuantificación, sino además en el sustento de una relación causal entre este y la omisión o actuar imperito del prestador médico y/o el equipo científico que respaldó el diagnóstico.

Hasta ahora, se han descrito brevemente las áreas de aplicación de las pruebas genéticas, tanto predictivas como diagnósticas y algunas de sus implicancias desde lo jurídico y la bioética. Aquéllas no obstante, hacen parte de un especial proceso que involucra en todo momento la interacción entre el paciente/ consultante y el prestador médico, que comprende el (i) consejo genético, seguido de (ii) la práctica de la prueba genética, (iii) la transmisión de la información con los resultados, hasta (iv) la toma de las medidas pertinentes según el resultado obtenido. En tanto que el punto (ii) ya fue abordado, continuaremos con el desarrollo del (i), (iii) y (iv) a continuación.

1.3. Proceso de las pruebas genéticas. Del consejo genético a la toma de medidas

Consejo genético. Consentimiento informado.

Antes de referirnos a la definición de consejo genético es debido precisar quiénes son los sujetos que envuelve esta especial relación médico-paciente/consultante[14].

Las practicas genéticas predictivas suelen, por lo general, ser de interés de la persona en calidad de paciente –cuya enfermedad es ya existente- o de consultante –aún asintomático-; con la posibilidad de que también puedan acudir a éstas la familia del primero.

Por su parte, las prácticas genéticas diagnósticas aplicadas en materia de reproducción son de especial interés tanto de la pareja como de la persona sola, igualmente en su calidad de paciente –por ejemplo la pareja que acude para la obtención de un diagnóstico en medio del embarazo en el que la madre o el padre padecen de una enfermedad de origen genético y ambos desean saber el riesgo existente de transmisión a su hijo-; o consultantes –pareja que antes del embarazo acude a consulta médica con el especialista en temas genéticos para obtener de éste asesoría sobre la materia-.

En tanto que, el prestador médico, si bien será el que en ambos casos preste el debido consejo genético, deberá observar un importante grado de especialidad en asuntos genéticos, *medico genetista* por lo general, que estará apoyado por un grupo de profesionales también con conocimientos científicos cualificados como biólogos genetistas, cito genetistas, etc.

Así las cosas, el consejo genético es un "proceso por el cual los pacientes o sus parientes con riesgo de una enfermedad de carácter hereditario son advertidos de las consecuencias de la enfermedad, de la probabilidad de padecerla o transmitirla y los métodos posibles para evitarlas o mejorarlas"[15].

En medio de éste proceso es evidente que el paciente/consultante habrá de encontrarse frente al médico genetista en un trato asimétrico informativo, típico de las convencionales relaciones médico-paciente y que se acentúa en mayor medida por el léxico científico que envuelve a tal especialidad, desconocido en su mayoría por aquél. Así, el consentimiento informado posee vital importancia no solo por permitirle a este acceder a la información de manera clara, comprensible según su nivel cultural, sino por facilitar además la toma de una decisión de manera consciente[16].

Valga añadir al respecto, que el consentimiento informado en las intervenciones en salud, en especial en lo que refiere al área de la genética, por el Convenio de Oviedo art. 5 y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos art. 5b, es no solo un principio sino una regla general que pretende asegurar el ejercicio de los derechos de libertad de elección y de información.

Tales instrumentos internacionales así mismo regulan que frente al consejo genético habrá de observarse (i) *el deber de confidencialidad* sobre los datos genéticos que permitan individualizar e identificar a una persona, exigible por supuesto al médico genetista y demás especialistas involucrados; (ii) *una finalidad médica o de investigación médica* (o la combinación de ambas según lo permite el texto de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial inc. C Núm. 28[17], cuando se observa que la práctica genética sobre la cual se está prestando consejo habrá de tener "valor potencial preventivo, diagnóstico o terapéutico"); y (iii) el respeto de los demás derechos personalísimos de los que es titular el paciente/consultante.

Otro aspecto de suma importancia que se refiere al consejo genético es la responsabilidad que cabe imputar al médico genetista. Esta en principio habrá de imputarse en los eventos en que, teniendo conocimiento el prestador médico de antecedentes de enfermedades genéticas no la brinde, o se niegue a prestarlo a pesar de haber sido solicitado por el paciente/consultante[18].

Por último, en lo que al consejo genético se refiere, afirma Penchaszadeh que también existe la posibilidad de negar la realización del consejo genético, justificada en la inexistencia de medidas –terapéuticas o preventivas- adecuadas frente a la enfermedad genética presente en el paciente[19]. El fundamento a tal negativa es la primacía del principio bioético de "primero no causar daño" o beneficencia, ya que la comunicación de tal información podría ser perjudicial para la salud mental del afectado.

Una vez que se brinde la asesoría genética respectiva, se informe la condición de portador de un gen responsable de una enfermedad genética, predisposición o susceptibilidad a sufrir una, o de la posibilidad de transmitirla a la descendencia junto con la información pertinente de la práctica más adecuada al caso, el paso siguiente es la rea-

lización de la prueba. Una vez obtenidos los resultados el médico genetista habrá de ocuparse (i) del análisis de los resultados obtenidos y la transmisión de la información evaluada a los interesados, para finalmente, con el consentimiento de éstos (ii) tomar la medida pertinente.

Evaluación de los resultados y transmisión de la información a los interesados. Toma de las medidas correspondientes.

La evaluación de los resultados obtenidos de la realización de la PG sugerida habrá de necesariamente conducir a su transmisión a los primeros interesados: el paciente o consultante. Ahora bien, ello igualmente se instrumentará a través del consentimiento informado, en tanto que, además de brindarse la información de los resultados alcanzados, también se indicarán las medidas disponibles que pueden ser adoptadas por estos –ello se advierte justo, porque incluso encontrándose algunas medidas preventivas en etapa de experimentación, otras aún permanecen ajenas al conocimiento actual de la ciencia-.

Las medidas que habrán de tomarse por los interesados podrán ser variadas, desde la negativa a adoptar alguna –por ejemplo cuando contrarían las creencias más íntimas de estos-, hasta inclinarse por la que, según se dijo, estuviese plenamente desarrollada o aún en fase experimental. Estas estarán adecuadas según el caso en particular, teniendo en cuenta si la prueba practicada fue de tipo predictivo o diagnóstico. Entre las más conocidas hasta ahora se tienen la *terapia génica* y la *terapia prenatal*.

La *terapia génica* tiene como objetivo principal, con ayuda de la Ingeniería Genética, la modificación del genoma humano de la persona, específicamente sobre el gen deletéreo modificándolo, sustituyéndolo, o suprimiéndolo adicionando en su lugar uno que cumpla con la función de dicho gen[20]. Se suele emplear con propósitos preventivos o curativos en los casos en que la enfermedad genética ha sido *heredada* y la persona es portadora o está predispuesta a sufrir de la enfermedad –portador en riesgo-. En éste último supuesto, la terapia génica estará acompañada de las acciones positivas –exponerse a un ambiente favorable que evite que el gen causante de tal o cual enfermedad de índole genético se "active"- o negativas sugeridas–que se caracterizan por evitarlos-.

Cuando la enfermedad para la cual se tomarán medidas *no ha sido heredada*, por ej. los defectos congénitos, la terapia génica se realiza sobre la línea somática del individuo, es decir, sobre los genes únicamente de la persona afectada, sin implicar la corrección de sus células sexuales, es decir, su línea germinal –la distinción entre la línea somática y la germinal es indispensable, pues las correcciones realizadas en la segunda serán así mismo transmitidas a la descendencia, lo que podría desviar la práctica de dicha terapia hacia fines más eugenésicos-.

Debe agregarse además, que el Convenio de Oviedo sobre las intervenciones hechas en el genoma humano prescribe en su art. 13 que sólo podrán hacerse "por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y en la medida en que su finalidad no sea introducir una modificación en el genoma de su descendencia".

Los límites de la terapia génica estarán dispuestos no solo por la observancia de los Derechos Humanos y principios contenidos en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano, el Convenio de Oviedo de Biomedicina y demás relacionados con la experimentación e investigación médica, sino también por el respeto de la dignidad humana y los demás Derechos Humanos reconocidos y protegidos en distintos instrumentos tanto a nivel nacional como internacional.

La *terapia prenatal* –aplicable mayormente a los casos de PG de tipo diagnóstico en materia reproductiva- , tiene un propósito específico, cual es el de seleccionar el sexo del embrión casos de preimplantación- o feto –en casos prenatales- para evitar enfermedades genéticas ligadas a las células sexuales. Baste aclarar que, al respecto el mismo Convenio de Oviedo en su art. 14 proscribe elegir el sexo de la persona por nacer "salvo en los casos en que el objetivo sea evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo", para lo cual, se vería legitimada dicha acción que para nada tendría que confundirse con prácticas eugenésicas, ya que el motivo que justifica tal selección es típicamente preventivo, sin realizar alteración alguna del genoma del nasciturus ni fundarse en la mejora de características fenotípicas de aquél.

Se debe considerar además, que la práctica de éste tipo de terapias implica intervenir, no sólo al feto o embrión sino también como es lógico, a la madre. Los riesgos por tanto son mayores en la medida en que puede no solo afectarse la salud de aquella con los procedimientos invasivos a los que pueda verse sometida, sino además, la vida misma del que está por nacer. De ahí, que la recomendación por parte del médico genetista de este tipo de terapias deba ser en los casos de real necesidad.

Hasta ahora, las prácticas genéticas en sus dos formas, tanto predictivas como diagnósticas han sido abordadas desde un marco general, que permita al lector en los subsiguientes apartados poder comprender desde una perspectiva más crítica, la forma en que éste tipo de test genético se ha vinculado de manera directa con el derecho a la salud, tanto en lo filosófico como en lo práctico.

1.4. Medicina: de "curar" a "prevenir"

Distintos han sido los giros que ha dado la medicina desde su concepción ancestral –religiosa, mágica- hasta su consideración hoy día como ciencia propiamente dicha. Algunos de los más significativos cambios que recientemente ha sufrido, fue la superposición de la autonomía de la voluntad por sobre el actuar paternalista del médico característico del siglo XIX, a partir del cual se empieza a dotar al paciente, sujeto de esa relación (un tanto más personalizada que la actual), de derechos. Si antes la relación médico-paciente se desarrollaba en un ambiente totalmente asimétrico, imperialista[21], en el que el prestador estaba en razón de su conocimiento facultado para decidir sobre qué era o no lo más conveniente para el paciente; ahora este último sería quien, en ejercicio de su libertad de elección tuviera la última palabra, incluso pudiendo rechazar procedimientos, tratamientos etc., sugeridos por aquel.

El anterior es sólo un ejemplo de los giros que ha dado la praxis médica con el transcurrir de los años, influenciada como toda área que rodea al ser humano, de la evolución misma de la sociedad (la democratización de las sociedades, la Proclamación de los Derechos Humanos, Civiles y Políticos, entre otros). Lo mismo cabe apuntarse de sus objetivos. No es nada nuevo que la medicina en medio del trinomio curar-prevenir-proteger se proponga preservar la salud de las personas. Ahora, desde la práctica médica se observaba que, si bien debía articularse la realización de tales objetivos, la curación era la que sin duda más había caracterizado el ejercicio de la medicina, por lo menos hasta los años 90 en que se da un giro trascendental en torno al estudio del genoma humano capaz de permitir –o por lo menos así se creía-, una vez descifrado, la conservación de la salud en una etapa incluso de aparente no enfermedad, o estado asintomático, es decir, se podría,

además de curar, realmente prevenir desde la fuente misma del ser humano: los genes.

No obstante, siendo apenas reciente la decodificación completa del genoma humano (2003 en tu totalidad), la perspectiva sobre la cual se creía que con la obtención de la secuenciación del genoma se lograría intervenir de manera definitiva las enfermedades existentes o predispuestas en las personas - reduccionismo genético- habría de cambiar una vez se agregara un factor indispensable a la ecuación "intervención genética=salud": los determinantes sociales.

2. Aspectos generales del derecho a la salud y el derecho de la salud

Si bien la distinción clásica entre derechos de primera y segunda generación ha sido superada[22], quedando relegada a espacios académicos y doctrinarios; la salud, indiscutible derecho humano, sí ha requerido de dos especiales distinciones, para algunos absurda o sin contenido[23], para otros con bastante sentido por sus razones prácticas. Tal división se realiza entre "derecho a la salud" y "derecho de la salud".

El "derecho a la salud", propiamente hace referencia a la salud en su espectro más amplio, visto desde una perspectiva filosófica. El "derecho de la salud" en cambio, se identifica con la prestación del servicio de salud. La razón práctica de tal división consiste en que, específicamente el segundo tiene como objetivo particular fijar las obligaciones que tienen los Estados –de hacer y no hacer- para procurar la efectiva protección, promoción y restauración del derecho a la salud[24]. Como quiera que sea, el contenido del derecho *a la* o *de la* salud no será otro que el de permitir a las personas el goce de más allá que el simple derecho a "estar sano": el acceso a un completo "bienestar físico, mental y social" según lo ha definido así la Organización Mundial de la Salud[25].

El logro del contenido de dicho derecho no obstante, es una cuestión mucho más abarcativa que la simple provisión de servicios de salud o atención médica. Requiere entre otras cosas el no adoptar medidas discriminatorias que puedan llegar a obstaculizar el acceso a la salud como bien público; implementar acciones que prevengan la afectación de la salud tanto individual como colectiva; fortalecer el acceso al derecho a través de campañas informativas que faciliten al individuo y la población en general como actuales o futuros pacientes, a concientizarse no solo de sus derechos como tal, sino también de los medios o vías que tiene a su disposición para hacerlo cumplir[26] –como la acción de amparo-; la promoción de actividades que eduquen a la población en la prevención y tratamiento de enfermedades; el reconocimiento en el sistema legal interno del derecho a la salud y otros conexos a este; entre muchas otras más.

En otras palabras, se trata de la realización sistemática y progresiva de la obligación que tiene el Estado de respetar, proteger, cumplir, facilitar, proporcionar y promover el efectivo goce del derecho de la salud.

En consecuencia con lo anterior, varios han sido los instrumentos –Pactos, Convenciones, Declaraciones- que, además de desarrollar gradualmente el referido derecho en el concierto internacional, establecen una serie de principios y obligaciones - por ej. el principio de progresividad y no regresividad, o la obligación de prevenir y tratar las enfermedades "endémicas, profesionales y de otra índole"[27] - que han de caracterizar las medidas que garanticen el derecho a la salud y que se espera sean observados por los Estados parte para que los mismos se provean de manera plena, eficaz y eficiente a la población. Algunos de los instrumentos más importantes –que han sido además ratificados por la República Argentina- son la Declaración de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador; la Convención para Eliminar Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención de los Derechos del niño; la Convención para Eliminar Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, etc.

Por otra parte el derecho a la salud es un derecho inclusivo, interrelacionado e interdependiente con otros Derechos Humanos de misma naturaleza jurídica, como la vida, la educación, el trabajo. En razón a esto, y considerando la importancia que tienen para el disfrute de la salud condiciones no solo adecuadas sino también dignas, se armoniza la interpretación de tal derecho con la inclusión de los denominados *determinantes sociales* como todos aquellos "factores sociales, políticos, económicos, ambientales y culturales que ejercen gran influencia en el estado de salud"[28].

Por lo que, no solo será suficiente proveer la prestación de un servicio de salud estableciendo políticas públicas y asignando recursos en el ámbito sanitario para satisfacer la demanda de la población, sino que también habrán de ser observados los factores que impactan en el goce de aquel (condiciones de vivienda, acceso a agua potable, alimentación, condiciones de trabajo) para actuar también sobre éstos.

2.1 Reduccionismo genético Vs. determinantes sociales

Las prácticas genéticas, según se apuntó con anterioridad, fueron llevadas al campo de la salud con un objetivo claro: mejorar el estado de salud de las personas evitando la enfermedad, prediciendo y previniendo siquiera su aparición. Ahora, considerando que salud no es ni el derecho a "estar sano" ni la ausencia de enfermedad, pareciera que tal propósito se desdibuja, si se tiene en cuenta que esta no solo se ve determinada por los genes, sino también por factores externos que la mayoría de las veces no dependen de las personas sino del cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que tiene a cargo frente a este derecho, como veremos más adelante.

Un concepto de salud a partir del reduccionismo genético

El reduccionismo o determinismo genético, demostraba con falsos sustentos científicos que los rasgos de las personas –en el pasado, presente y futuro- podrían predecirse e identificarse por medio de los genes, ya que era a través de los mismos que se heredaban enfermedades, cualidades y habilidades. Ese fue el primer distintivo de lo que antiguamente se conoció como eugenesia, hoy día genética. Bajo influencias políticas, se dirigió principalmente a la justificación de acciones y medidas de "higiene social" cuyo fin no fue otro que discriminar violentamente a los catalogados como "no deseables" en la medida que desmejoraban el "stock" genético de la sociedad. Tal concepción biologicista respaldó, entre otros, casos como la masiva esterilización en la década de los 20 y 30 en los Estados Unidos y el de "limpieza social" por la "raza más pura" en la II Guerra Mundial.[29]

Así, el reduccionismo otorgó para entonces las bases de un concepto de salud puramente biológico que estaría asentado en los genes de las personas, sin incluir ningún otro tipo de factor o variable. Concepción que se fue desvirtuando no solo por los avances científicos producidos a finales del siglo XIX e inicios del XX, sino por la tarea de organizaciones internacionales especializadas en temas de salud como la OMS, que se ocuparía a partir de 1948 –año en que entra en funcionamiento- en establecer un concepto de salud que pudiera corresponderse con la realidad de la población mundial, asumiendo al ser humano como algo más que solo genes.

Los determinantes sociales: una visión amplia de salud

Así, la OMS entendiendo que el estado de salud implicaba la consideración de factores sociales, físicos y mentales de las personas se encargó para el 2005 con el liderazgo de su director para entonces el Dr. J. W. Lee, de crear una Comisión que estuviera dirigida a recabar pruebas científicas que dieran cuenta de la efectiva causa de las enfer-

medades o "causa de las causas", y que recibió el nombre de *Comisión de Determinantes de la Salud*[30].

La reunión de expertos, académicos, investigadores y demás participantes de la sociedad civil permitió en un trabajo conjunto de tres años establecer cuáles eran los factores que a nivel social incidían de manera directa, mediata o inmediata en la salud: educación, ambiente de trabajo, desempleo, condiciones de vivienda, alimentación, agua potable y saneamiento y acceso a servicios de salud. Todos estos, claro, interrelacionados con aspectos de nivel personal tales como la edad, el sexo y los factores hereditarios. Aquéllos últimos, sin embargo, a pesar de su importancia, no con exclusivamente determinantes de la salud de las personas, como lo advierte en su informe final dicha Comisión:

> *"En todos los países, con independencia de su nivel de ingresos, la salud y la enfermedad siguen un gradiente social: cuanto más baja es la situación socioeconómica, peor es el estado de salud.*
>
> *Las desigualdades en la forma en que está organizada la sociedad hacen que las posibilidades de desarrollarse en la vida y gozar de buena salud estén mal distribuidas dentro de una misma sociedad y entre distintas sociedades. Esas desigualdades se observan en las condiciones de vida de la primera infancia, la escolarización, la naturaleza del empleo y las condiciones de trabajo, las características físicas del medio construido y la calidad del medio natural en que vive la población. Según el carácter de esos entornos, las condiciones físicas, el apoyo psicosocial y los esquemas de conducta variarán para cada grupo,* ***haciéndoles más o menos vulnerables a la enfermedad.*** *La estratificación social también crea disparidades en el acceso al sistema de salud y en su utilización, lo que da lugar a desigualdades en la promoción de la salud y el bienestar, la prevención de enfermedades y las posibilidades de restablecimiento y supervivencia tras una enfermedad."* [31] (Subrayado nuestro)

En conclusión, si el concepto de salud se extiende a eventos y factores que superan argumentos reduccionistas, quiere decir que la toma de políticas públicas encaminadas a prevenir las enfermedades y situaciones que desmejoren el estado de salud de las personas, tendrán que dirigirse también en un espectro social, ambiental, y no exclusivamente a la intervención definitiva en la genética humana.

3. Prácticas genéticas y el sistema de salud argentino

Hasta ahora ha sido expuesto un marco general de la aplicación de la genética en la salud a través de dos específicos modelos de prácticas genéticas con distinto enfoque, pero circunscriptas en un solo propósito: prevenir enfermedades de tipo genético. Igualmente se dejó en claro que si bien el antiguo enfoque de la genética era netamente biologicista, hoy día se ha comprobado que la misma también se condiciona a factores sociales, ambientales y económicos (pero sin querer señalar que aquella desmerezca la atención que requiere por parte del Estado, en tanto que contribuye a determinar el estado de salud de las personas y la población).

A continuación, abordaremos algunos de los asuntos más importantes que a primera vista surgen de la vinculación de la genética y la atención sanitaria, específicamente en el sistema de salud argentino. Vale precisar antes lo siguiente: más que respuestas efectivas, se dejarán expuestos distintos interrogantes que se espera puedan generar en el lector una visión mucho más amplia de las temáticas que serán a continuación desarrolladas.

Bien nos hemos referido en uno de los anteriores apartados al desarrollo del derecho a la salud en general, derecho base sobre el cual se reclama la atención de la salud al Estado primer encargado en proveerla y asistirla. Así mismo, su desarrollo en la República Argentina resulta particular, debiéndose destacar el reconocimiento expreso que se hizo de la salud en el artículo 42 de la Constitución Nacional (producto de su reforma en 1994), que reza *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad (…)"*[32]. Previo a la reforma constitucional aludida, la salud era un derecho implícito contenido en el art. 33, cuya protección y defensa se lograba por vía de conexidad con otros derechos fundamentales explícitos como la vida.

Valga añadir que la autonomía conferida actualmente al derecho a la salud se ve reforzada por la jerarquía constitucional de que gozan los tratados internacionales según lo estipula así el art. 75 inc. 22. Lo anterior implica que todos los Pactos, Convenios, Tratados y demás normas convencionales del ámbito internacional en los que la República Argentina haga parte han de ampliar el margen de aplicabilidad, protección y defensa del derecho a la salud.

Ahora bien, sin entrar en cuestiones históricas, el sistema de salud argentino es un sistema fragmentado en tres subsistemas 1) subsistema público, 2) subsistema de la seguridad social u Obras Sociales y 3) subsistema privado o de Medicina Prepaga. Todos a cargo del Ministerio de Salud, que tendrá la función de articularlos e integrarlos para el logro de la provisión de una asistencia sanitaria en condiciones de equidad y calidad.

3.1 Algunas características y problemas principales de los tres subsistemas

El primero –subsistema público-, se encuentra conformado principalmente por Hospitales Públicos y Centros de Salud a nivel nacional, provincial y municipal. Protege básicamente a quienes no posean cobertura alguna –población en su mayoría carenciada- de manera totalmente gratuita, desde la atención primaria hasta los servicios de alta complejidad. Es un subsistema sin cobertura mínima obligatoria, lo que implica que según la disponibilidad de recursos presta o no un determinado servicio. Su financiación se logra a través del tesoro nacional en sus tres órdenes –nacional, provincial y municipal-.

El segundo –subsistema de seguridad social u Obras Sociales-, presta la atención y protección de la salud a los trabajadores asalariados según su ramo de actividad. A diferencia del subsistema público, sí posee un plan de cobertura mínimo obligatorio denominado Plan Médico Obligatorio PMO, canasta básica de prestaciones en salud que ampara tanto a trabajadores como a sus familiares y jubilados –en un programa médico especializado denominado Programa de Atención Medica Integral PAMI, que comprende también a la población discapacitada-. Su financiación se logra a través de los aportes obligatorios hechos por el trabajador y su empleador.

Y el tercer subsistema –privado o de medicina prepaga- que se encarga de proveer servicios de salud a través de entidades aseguradoras privadas. Se conforma por instituciones o clínicas privadas, sanatorios y consultorios privados. Sus afiliados son aquellos que poseen un mayor nivel adquisitivo y que desean mayor calidad y cantidad de prestaciones sanitarias. Su financiación se hace por medio de los aportes de sus usuarios que, según sea mayor o menor determinará la cantidad de prestaciones a las que cada uno tenga derecho, sin poder ser menor nunca a los que establezca el PMO que le es igualmente aplicable.

No obstante siendo un sistema de salud descentralizado que se apoya de la participación de terceros en la prestación de la atención sanitaria, la falta de coordinación entre los tres a cargo del gobierno nacional ha generado diversos inconvenientes, entre los más evidentes:

- La inequidad de acceso al servicio en los eventos en que el subsistema publico asiste a afiliados o usuarios de los otros dos subsistemas que,

contando con un aseguramiento en su salud, acaparan los recursos que podrían destinarse a la atención de quien no cuenta con ningún tipo de cobertura médica.

- La calidad del servicio frente a las prestaciones ofrecidas –particularmente en el subsistema de seguridad social y privado-.
- La disponibilidad de recursos económicos mal aprovechados. por ej. hospitales que cuentan con el equipamiento tecnológico pero no humano para utilizarlo.
- La inaccesibilidad económica, por ejemplo cuotas de afiliación elevadas en los subsistemas de seguridad social y privado; física, como carencia de vías de acceso para población discapacitada; e informativa cuando la población no conoce las prestaciones a las que tiene acceso, sus derechos como usuarios y pacientes, etc.
- La judicialización en salud por la no cobertura de las prestaciones contenidas en el PMO y las ofrecidas, por casos de responsabilidad médica por presunta mala praxis.
- La desactualización del PMO.

Y otros más que habremos de tener en cuenta al analizar la prestación del servicio médico genético como cobertura a nivel tanto individual como poblacional.

3.2 La prestación médica genética en el sistema de salud argentino

Para analizar la forma en cómo podría implementarse la prestación médica genética en el sistema de salud argentino es preciso abordar nuestro análisis en dos específicas áreas de acción: a nivel personal y a nivel poblacional, puesto que se trate de una u otra será necesario abordar medidas con objetivos y modalidades un tanto diferentes.

3.2.1 Prestación médica genética a nivel personal

La prestación de servicios médicos genéticos a nivel personal se proyecta a la atención de quienes posean una enfermedad genética existente, sean portadoras en riesgo o presenten susceptibilidad o predisposición a padecerla junto a las parejas que se interesen en el riesgo de transmisión de aquéllas a su descendencia. Frente a su utilización por personas solas, la ley nacional de Fertilización Asistida 26.862 de 2013 nada contempla frente al uso por parte de estas sino únicamente por matrimonios, convivientes o parejas (art.32 inc. A.).

Ya adelantábamos al inicio de este escrito la forma en que se practicaban los test genéticos tanto predictivos como diagnósticos, que requerían de un asesoramiento genético, la práctica de la prueba y la transmisión de la información cuyo resultado habría de permitir la toma de la medida más conveniente según el caso en particular. Así se configura la prestación del servicio médico genético a nivel personal.

Veamos su recepción en el sistema de salud argentino. Particularmente puede señalarse que las PG de tipo diagnóstico preimplantario tienen aplicación actual en La Argentina a través de los arts. 6 y 11 de la referida ley nacional de Fertilización Humana Asistida. En éste tipo de técnicas, cuyo objetivo es promocionar el acceso al derecho a la salud sexual y reproductiva, aquéllas han sido empleadas para identificar la existencia o no de enfermedades con causa genética transmisibles en los supuestos de i) donación de gametos para terceros y ii) de determinación de viabilidad del embrión a implantar.

Ahora bien, nada se menciona –por lo menos no textualmente- frente a las de tipo diagnóstico prenatal y preconceptivo. Dicha ley, asimismo, frente a los vacíos que advertíamos en un inicio sobre el destino de los embriones inviables, nada señala, ni en su texto ni en el de su reglamentación Decreto 956 de 2013. Solo se contempla en su art. 17 inc. C la prohibición de experimentar con embriones.

Es importante detenernos sobre la importancia que tiene para la Ley –los intereses del gobierno nacional como política pública de prevención en morbilidad quizás- que permite únicamente la implantación en la mujer de los embriones viables. Asunto pasible de diversas críticas en la medida que puede tornarse como vía de discriminación genética, teniendo que cuestionarnos entonces ¿Cuáles serían las características que habrían de inviabilizar un embrión?, en caso de haberse determinado la existencia de una enfermedad genética en el embrión, ¿tiene necesariamente que catalogarse como inviable habiéndose incluso señalado que la existencia de una enfermedad genética no determina por sí sola el estado de salud de una persona sino mediando la interacción conjunta de otros factores de tipo ambiental, social y económico?, junto con las que expusimos en un inicio sobre si toda enfermedad genética podría inviabilizar un embrión o sólo las que se sepan puedan privar de una vida digna a ese "futuro" ser humano.

De ahí la importancia de la especificidad normativa que no permita, en asuntos tan sensibles como la selección de embriones, la interpretación amplia -inclusive desviada- de quienes prestan el servicio de atención médico genético practicando éste tipo de test diagnóstico preimplantario –en su mayoría entidades de tipo privado-.

Sobre la cobertura que brinda el sistema de salud frente a éste tipo de diagnósticos relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la ley en su art. 32 ordena su inclusión en el PMO como prestación obligatoria de abordaje integral, por lo que sería exigible tanto en el subsistema de las Obras sociales y como en el subsistema de medicina prepaga.

En cuanto al subsistema público, se le obliga igualmente a la cobertura integral de dichas técnicas para quienes no gocen de ningún tipo de aseguramiento en salud o "cobertura médico-asistencial" por los otros dos subsistemas.

Sobre las PG diagnósticas prenatales, su aplicación es incluso más difundida ya que puede comprenderse entre los cuidados de atención especial del embarazo, practicada entre las semanas 12 y 16 de gestación, ya sea por medio de una *biopsia coriónica* o la realización de una *amniocentesis,* únicamente en los "embarazos que por alguna razón el feto tenga un riesgo elevado de tener un defecto congénito"[33]. Riesgo presente –y mayor- en las mujeres embarazadas mayores de 35 años por lo que también habrán de obtener –en caso de que así lo desee la gestante- acceso al diagnóstico prenatal.

Ahora recordemos que, cuando analizábamos el diagnóstico prenatal y las medidas existentes cuando el resultado de éste sobre la presencia de un defecto congénito o malformación en el feto fuera positivo, siendo el aborto terapéutico una de ellas.

El estado actual del aborto en La Argentina no permite la práctica del aborto terapéutico en casos de malformación o defectos congénitos en el feto –como sí sucede en otros países, por. ej. Colombia-; exceptuando su práctica única y exclusivamente en los dos supuestos contemplados en el artículo 86 del Código Penal Argentino: 1) con el fin de evitar un peligro para la salud y la vida de la madre o 2) cuando se tratare de los supuestos de violación[34]. Ahora, podría tal vez el defecto o malformación en el feto ser la causa por la cual peligrara la vida de la gestante y así requerir –seguramente por la vía judicial- la práctica del aborto terapéutico, no obstante, son supuestos que no siempre se presentan por lo que, seguirá hasta norma en contrario, siendo punible el aborto por ésta circunstancia ya descrita. Ello claramente hace que nos cuestionemos sobre el supuesto derecho a decidir de la gestante quien, sabiendo de la alteración genética o congénita del feto, debe continuar con el embarazo.

Sobre las PG diagnósticas preconceptivas, su abordaje incluso podrían implementarse en accio-

nes específicamente de salud sexual y reproductiva por los prestadores médicos, quienes serán los más capacitados para recomendar la realización o no de estas ya sea por sospecha de riesgo de transmisión de alguna enfermedad genética o por consulta y solicitud de los interesados. Su cobertura así mismo, podría ser brindada en los tres subsistemas de manera obligatoria, ya que se trata no solo del plan reproductivo de una pareja, sino del desarrollo y calidad de vida de las futuras generaciones.

Por otro lado, en lo que a las pruebas genéticas de tipo predictivo se refiere, aún no han tenido recepción expresa –por lo menos no a nivel legislativo-, lo que no impediría igual, que en la práctica ya se estén llevando a cabo. De ser así, habríamos de cuestionarnos sobre su carácter ético - científico ya que por tratarse de test de una etapa aún experimental, sus usos siguen siendo todavía más restringidos.

3.2.2 Prevención en genética: a nivel poblacional e individual

En el presente apartado dirigiremos nuestra atención al modelo de prevención de enfermedades –basado en evitar la ocurrencia del riesgo-, por sobre el modelo típicamente curativo –basado en el diagnóstico de la enfermedad para indicar el tratamiento más óptimo-[35]; por ser el que a nivel poblacional actúa en una base colectiva e individual, y porque además se dirige a la reducción de la incidencia de las enfermedades, en nuestro caso, cuyo origen es genético. Prevención que habrá de ser mayor o menor según la ocurrencia o no del riesgo y su gravedad. Así, se ha divido la prevención en tres niveles: primaria, secundaria, terciaria[36].

La prevención primaria se proyecta a la toma de medidas y acciones tanto positivas –de hacer-, como negativas –de evitar- que prevengan el acaecimiento del riesgo. Frente a las particularidades que se agregan en la prevención de enfermedades genéticas, habrá de considerarse si se trata de los casos de predisposición o susceptibilidad genética, de enfermedad genética existente o portador en riesgo.

Para los supuestos de susceptibilidad o predisposición genética y "portadores en riesgo", atender los factores de tipo ambiental que "activan" o no el gen deletéreo, resultan ser las medidas preventivas más importantes. Éstas tendrán como objetivo evitar exponer a los individuos o población susceptible o portadora a la exposición de mutágenos, químicos o tóxicos que puedan resultar perjudiciales. También los factores alimenticios -determinante social en la salud- juegan un rol vital. Podría la deficiencia alimenticia como el consumo de alimentos modificados genéticamente –transgénicos- contribuir a la ocurrencia del riesgo.

En cuanto a la prevención primaria de las enfermedades genéticas existentes resulta más compleja su implementación puesto que, aquélla estará dirigida no propiamente a prevenir sobre la persona ya sintomática, sino sobre su futura descendencia. Allí juegan un papel importante las pruebas genéticas de tipo diagnóstico en materia reproductiva que permitirán estimar la probabilidad del riesgo de transmisión de la enfermedad. Otras opciones, contrarias al llamado derecho a la reproducción y libre determinación de la voluntad, proponen la no reproducción a futuro (que podrá ser no obstante la opción más viable para las parejas, matrimonios o convivientes, en especial cuando no se está de acuerdo con acceder a las diferentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

La prevención secundaria estará dirigida a disminuir los efectos que traen consigo la ocurrencia del riesgo. En éste sentido, describe PENCHASZADEH, que La Argentina ha incorporado desde 1986 medidas de prevención genética secundaria habiendo legislado sobre la "pesquisa neonatal de fenilcetonuria" que consiste en la "detección sistemática de enfermedades graves tratables en todos los recién nacidos de una población en los primeros días de vida", deficiencias causadas por genes deletéreos. También en 1990 y 1995 con la inclusión de la prevención del hipotiroidismo congénito y la fibrosis quística respectivamente. La más reciente medida de prevención en genética, fue tomada en el 2007 según el mismo autor, ordenando a nivel nacional medidas frente a la "fenilcetonuria, hipotiroidismo congénito, hiperplasia suprarrenal congénita, fibrosis quística del páncreas, enfermedad de Chagas y sífilis congénita"[37].

Finalmente, la prevención de tercer nivel ante la existencia de la enfermedad genética se propone fundamentalmente evitar las complicaciones que puedan surgir a raíz de la misma, en cualquier aspecto tanto orgánico, como emocional y social, etc.

Después de haber descrito brevemente las características de la prevención en genética en sus tres fases podríamos plantear algunos obstáculos – que advierte así mismo FINEBERG[38]- que tienen que ser resueltos para que dicha prevención cumpla con dos de sus metas fundamentales: la eficacia y eficiencia de las medidas, y la rentabilidad de éstas –en vez de curar-. En caso de no poderlo hacer, la prevención, según indica este autor, sería una paradoja, una contradicción entre los planteos de las políticas públicas en salud con la realidad.

En una primera mirada se advierte lo relativo a los costos que implica prevenir. Un análisis básico de costo-beneficio presupondría que prevenir habrá de ser menos costoso que curar. Ahora, de no ser así, la medida estaría siendo inútilmente planteada. Entonces, sobre la cobertura por el sistema de salud argentino, ¿cómo habría de articularse la prevención a nivel nacional cuando cada provincia tiene a su discrecionalidad la adherencia o no a las leyes que dicta el Senado de la Nación en este sentido?, ¿de qué forma podrían coordinar los tres subsistemas ésta tarea para garantizar a toda la población su acceso equitativo?, en cuanto a la adherencia de la población a los programas de prevención ¿sería viable conceder incentivos económicos a los prestadores médicos que promuevan dicha tarea?

Otros problemas perceptibles y que derivan de la actividad de prevenir en sí misma, sin tener en cuenta el área en que se proponga hacerlo, es la obtención de resultados alejados, en términos de años, no meses o semanas.

Finalmente otro gran obstáculo es la utilización de la prevención por intereses privados, que pretenderán obtener un lucro a costa del deseo de la población de evitar el padecimiento o complicación de una enfermedad de tipo genético. Como quiera que sea, la prevención, si bien frente a determinadas enfermedades genéticas ya ha sido implementada en La Argentina según se comentó, en términos de políticas públicas constituirá siempre un reto, más aun si se trata de un sistema fragmentado, poco coordinado y en el que la inequidad de acceso a los servicios sanitarios sigue siendo hoy por hoy una constante.

4. Algunos asuntos pendientes

Algunos de los asuntos pendientes que surgen del análisis expuesto y que valdría la pena debatir con mayor rigor: la experimentación en seres humanos para desarrollar las terapias genéticas; la introducción de los farmacogenéticos en medio de la terapia tanto génica como prenatal; la utilización de biobancos de datos en que se contenga la información de toda la población que padece, es portadora o está predispuesta a desarrollar una enfermedad genética, o simplemente con la información de su genoma humano para ejercer algún tipo de control –que de hecho sucede en los Estados Unidos, bases de datos genéticos de uso de la Policía Federal, sigue aún difuso el objetivo para el cual dicho organismo la utiliza actualmente-; el desarrollo de las patentes sobre el genoma humano y de técnicas relacionadas a las prácticas genéticas predictivas o diagnósticas; la utilización de pruebas genéticas por parte de empleadores para negarse a contratar a quienes obtengan un resultado positivo en el test o de aseguradoras en salud para determinar preexistencias no asegurables, etc.

Conclusión

Es evidente que desde el auge de la ciencia genética en la medicina, la salud tanto en su faz filosófica como practica ha dado un giro esencial proyectándose a más que solo la cura de las enfermedades: el poder prevenirlas. Según veíamos a lo largo del presente trabajo, las prácticas genéticas predictivas se plantearon fundadas bajo concepciones meramente reduccionistas, biologicistas que delimitaban erróneamente el margen de acción en salud a nada más que la intervención en los genes. Hoy por hoy, considerando la vital participación de los determinantes sociales en el estado de salud de las personas, se ha vuelto necesario aportar y proponer medidas mucho más abarcativas, incluso en un plano social, económico y ambiental.

Ahora bien, para el derecho no ha sido ajeno todo este progreso científico en la medida que se relaciona directamente con la dignidad de las personas y el Derecho Humano a la salud –como derecho y prestación- y la vida.

Particularmente en La Argentina ha tenido mucha mayor recepción las prácticas genéticas de tipo diagnóstico en el área reproductiva debido a su inclusión entre el denominado "abordaje integral" que otorga el Estado al diagnóstico, tratamiento y realización de las distintas Técnicas de Reproducción Asistida, materia de reciente legislación a través de la ley 26.862 del presente año 2013; que las de tipo predictivo propiamente, tal vez debido al estado experimental actual de las mismas no obstante con aceptación vigente en otros Países como los EE.UU o Chipre[39].

Ahora la actuación de la genética en la salud debiera asumirse no solo con intervenciones de tipo personal, sino también colectivo. A fin de cuentas, las prácticas genéticas se proponen prevenir la ocurrencia de enfermedades con causa genética, propósito este igualmente compartido por la actuación en salud desde el ámbito público. Nos preguntamos si seguirá siendo éste objetivo una paradoja, puesto que más grandes parecen ser los obstáculos para implementarla que las posibles soluciones para superar aquéllos, según argumentábamos más atrás.

Finalmente el desarrollo de las prácticas genéticas suscitan cada vez nuevos interrogantes, tanto para la ciencia jurídica y áreas como la bioética, en tanto que la preocupación por el prevenir enfermedades irreversibles y definitivas en la salud humana, como las genéticas, no dejará de ser una constante de las sociedades modernas.

Bibliografía

BERGEL, Salvador D.; CANTÚ, José María. Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2000.

BLANCO, Luis Guillermo (Comp.) Bioética y Bioderecho: cuestiones actuales. Buenos Aires: Editorial Universidad. 2002.

CARBONELL, Miguel. El derecho a la salud: una propuesta para México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México UNAM. 2013.

COHEN R., Daniel. El hombre frente al conocimiento genético. En: Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho. Bioética y Bioderecho. Rosario, Argentina: Centro de Investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social. N.3. 1998.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf>

Constitución Nacional de la República Argentina.

Comisión de Determinantes sociales de la OMS, Informe de la Secretaría, síntesis de las recomendaciones formuladas por la Comisión en su informe final en 2008. En <http://www.who.int/en/>

Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, informe final. En <http://www.who.int/social_determinants/es/>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, marzo 13 de 2012.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. En <http://portal.unesco.org/es>

FINEBERG, Havery V. (Md. PhD). The Paradox of disease prevention: celebrate in principle, resisted in practice. The Journal of the American Medical Association JAMA 2013; 310 (1): 85 – 90. En <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=1707727#ObstaclestoPrevention>

GARAY, Oscar Ernesto. Tratado de la Responsabilidad civil en las especialidades médicas. Tomo I. Buenos Aires: Errepar. 2009

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2008.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia. El derecho a la salud: un derecho individual o social. En: CIENFUEGOS SALGADO, David; MACÍAS VASQUEZ, Maria Carmen (Coords) Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico: Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México UNAM.2006.

PENCHASZADEH, Víctor B (Comp.) Genética y derechos humanos: Encuentros y desencuentros. Buenos Aires: Paidós. 2012.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". En < http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

ROMEO CASABONA, Carlos M. Genética y derecho: Responsabilidad jurídica y mecanismos de control. Buenos Aires: Astrea. 2003.

ROUBICEK, Martín. ¿Es posible implementar un programa de prevención de defectos congénitos en nuestro país? En: BERGEL, Salvador D.; CANTÚ, José María. Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2000.

SOLARI, Juan A. Genética Humana, fundamentos y aplicaciones en Medicina. Buenos Aires: Panamericana.2007.

TORRES, Juan Manuel. Test genético, medicina génica y la evolución del concepto de salud. En: En: BERGEL, Salvador D.; CANTÚ, José María. Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2000.

WEINGARTEN, Celia. Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado (una versión crítica). En: GHERSI, Carlos. (Coord.) Problemática moderna: relación médico-paciente. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Cuyo. 1997.

ZAMUDIO, Teodora. Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones. En: GARAY, Óscar E. Responsabilidad profesional de los médicos ética, bioética y jurídica: civil penal. Buenos Aires: La Ley. 2002.

Notas

* Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Universidad La Gran Colombia. Trabajo elaborado en la cátedra de Derecho de la Salud en la Universidad de Buenos Aires durante un intercambio académico realizado el segundo cuatrimestre de 2013. Correo: olgacamacho.g@hotmail.com

1. Daniel R. COHEN, "*El hombre frente al conocimiento genético*", en: Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Bioética y Bioderecho, Rosario, Argentina, Centro de Investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, N.3. 1998, p. 91.

2. Aprobada por unanimidad y por aclamación, por la 29ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, recuperada el 10 de Octubre de 2013 desde http://portal.unesco.org/es/ev.php.URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

3. "Es importante destacar que la Convención, que es la primera regulación jurídica internacional en temas de Bioética que tiene fuerza Vinculante, fue aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996, y fue abierta a la firma de los Estados el 4 de abril de 1997 en la ciudad de Oviedo". Cfr. Luis Guillermo BLANCO (Comp.), *Bioética y Bioderecho: cuestiones actuales,* Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002, p. 411.

4. Aprobada en 1996 y revisada en Buenos Aires en 1998. Cfr. Salvador D. BERGEL; José María CANTÚ, Bioética y Genética: *II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2000, p. 395.

5. Juan Manuel TORRES, "Test genético, medicina génica y la evolución del concepto de salud", en: Salvador D. BERGEL; José María CANTÚ, Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética, op.cit., p. 366.

6. Diferenciamos propiamente entre enfermedades genéticas y comunes puesto que ambas requieren de acciones terapéuticas diferentes. Cfr. Víctor B. PENCHASZADEH (Comp.), *Genética y derechos humanos: Encuentros y desencuentros,* Buenos Aires, Paidós, 2012, p.185.

7. Carlos M. ROMEO CASABONA, *Genética y derecho: Responsabilidad jurídica y mecanismos de control,* Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 56.

8. Víctor B. PENCHASZADEH, *La genética y la salud: aplicaciones de la genética para la salud.* Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 45.

9. Juan Manuel TORRES, "Test genético, medicina génica y la evolución del concepto de salud", en: Salvador D. BERGEL, José María CANTÚ, *Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética,* op. cit., p. 372.

10. Martín ROUBICEK, "¿Es posible implementar un programa de prevención de defectos congénitos en nuestro país?" en: Salvador D. BERGEL, José María CANTÚ, *Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*. Op.cit., pp. 339, 340.

11. Si así lo permite el país en que se realicen.

12. Carlos M. ROMEO CASABONA, *Genética y derecho: Responsabilidad jurídica y mecanismos de control,* op.cit., p. 100.

13. Ibídem, p.99

14. Se hace esta diferenciación entre paciente y consultante ya que, el consultante a diferencia de éste no se encuentra al momento de la consulta padeciendo de alguna enfermedad –aunque eventualmente pueda convertirse en uno-.

15. HARPER, Consejo Genético y diagnóstico prenatal, "Labor hospitalaria", 1990, no 218, p. 273 citado por Carlos M. ROMEO CASABONA, *Genética y derecho: Responsabilidad jurídica y mecanismos de control,* op.cit., p. 96.

16. "En efecto, la relación médico-paciente –en tanto vincula a un experto y un profano en la materia-, se caracteriza por la gran brecha cultural que separa a ambos contratantes, acentuada aún más por la complejidad del lenguaje técnico científico que impide un conocimiento claro y suficiente acerca del contenido y alcance del contrato que celebra". Cfr. Celia WEINGARTEN, "Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado (una versión crítica)", en: Carlos GHERSI (Coord.), *Problemática moderna: relación médico-paciente.* Buenos Aires, Ediciones jurídicas Cuyo, 1997, p.41.

17. "Inc. C. Núm. 28. El médico puede combinar la investigación médica con la atención médica, sólo en la medida en que tal investigación acredite un justificado valor potencial preventivo, diagnóstico o terapéutico. Cuando la investigación médica se combina con la atención médica, las normas adicionales se aplican para proteger a los pacientes que participan en la investigación". Cfr. Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial AMM, adoptada por la 18° Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, Junio de 1964. Cfr. Luis Guillermo BLANCO (Comp.), *Bioética y Bioderecho: cuestiones actuales*, op. cit., p.425.

18. Carlos M. ROMEO CASABONA, *Genética y derecho: Responsabilidad jurídica y mecanismos de control,* op.cit., p. 98.

19. Víctor B. PENCHASZADEH, *La genética y la salud: aplicaciones de la genética para la salud,* op.cit., p. 45.

20. Teodora ZAMUDIO, "Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones", en: Óscar E. GARAY, *Responsabilidad profesional de los médicos ética, bioética y jurídica: civil penal,* Buenos Aires, La Ley, 2002, p .472.

21. Oscar Ernesto GARAY, *Tratado de la Responsabilidad civil en las especialidades médicas,* Tomo I, Buenos Aires, Errepar, 2009, p. 34

22. "(…) las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales es tan solo una diferencia de grado. (…) no existe jerarquía admisible entre los derechos humanos, de tal forma que todos son iguales, indivisibles, interconectados e interdependientes.". Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p.29

23. Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, "El derecho a la salud: un derecho individual o social", en: David CIENFUEGOS SALGADO; Maria Carmen MACÍAS VASQUEZ (Coords), *Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico: Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México UNAM, 2006, p. 3.

24. Miguel CARBONELL, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México UNAM, 2013, p.1.

25. Preámbulo de la Constitución de la OMS adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, recuperado el 17 de Octubre de 2013 desde: http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf

26. Ésta es también una expresión de la superación de la postura conservadora que dividía los Derechos Humanos en derechos de primera y segunda generación, ya que éstos últimos según apuntaba tal postura, en tanto constituían meros actos políticos no relacionados con normas jurídicas carecían de exigibilidad alguna. Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, op.cit., pp. 15-29.

27. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 10, Núm. 2, inc. e, recuperado el 20 de Octubre de 2013 desde http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

28. Comisión de Determinantes sociales de la OMS, informe de la Secretaría, síntesis de las recomendaciones formuladas por la Comisión en su informe final en 2008, recuperado el 22 de octubre de 2013 desde http://www.who.int/en/

29. Víctor B. PENCHASZADEH (Comp.), Genética y derechos humanos: Encuentros y desencuentros, op.cit., p. 29 -31.

30. Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, recuperado 23 de octubre de 2013 desde http://www.who.int/social_determinants/es/

31. Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, informe final, 2008, recuperado el 23 de octubre de 2013 desde http://www.who.int/social_determinants/es/

32. Constitución Nacional de la República Argentina, Articulo 42.

33. Víctor B. PENCHASZADEH, *La genética y la salud: aplicaciones de la genética para la salud*, op.cit, p. 47.

34. Los supuestos de violación con o sin incapacidad mental han sido receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante una interpretación no restrictiva y más bien amplia y extensiva del segundo inciso del artículo 86 del Código Penal que reza " si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente", debido a que, permitir de manera exclusiva el aborto en los casos de violación en mujer mentalmente incapaz se estaría poniendo en un plano discriminatorio a quienes, igualmente han sido víctimas de abuso sexual pero no poseen discapacidad mental alguna. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, marzo 13 de 2012 "*debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una exégesis en sentido contrario -que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.*"

35. FINEBERG, Havery V. (Md. PhD). "The Paradox of disease prevention: celebrate in principle, resisted in practice". The Journal of the American Medical Association JAMA 2013; 310 (1): 85 – 90 Recuperado el 27 de octubre de 2013 desde http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=1707727#ObstaclestoPrevention

36. Víctor B. PENCHASZADEH, *La genética y la salud: aplicaciones de la genética para la salud,* op.cit., p.52.

37. Víctor B. PENCHASZADEH, *La genética y la salud: aplicaciones de la genética para la salud,* op.cit. pp. 56, 57.

38. FINEBERG, Havery V. (Md. PhD). "The Paradox of disease prevention: celebrate in principle, resisted in practice". The Journal of the American Medical Association JAMA 2013; 310 (1): 85 – 90 Recuperado el 27 de octubre de 2013 desde http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=1707727#ObstaclestoPrevention

39. Víctor B. PENCHASZADEH, *La genética y la salud: aplicaciones de la genética para la salud,* op.cit., pp. 39-59.

Universidad de
La Sabana

Artículos de reflexión

Nazis in South America

Christian Arias Ávila*

ABSTRACT

The aftermath of World War Two were millions of deaths, the chaos of a destroyed continent, hordes of victims that lost everything, massive migrations of Europeans within Europe and overseas, a broken economy, criminals to find among the chaos, and trials to be held. However find these criminals, responsible of such tragedy, was not as easy as one could imagine today; there was a perfect scenario for them to run away from justice; although they did not count on the means to complete their aim, there were those who helped these Nazi criminals to run away from justice and perpetuate impunity. This essay discusses and explains in detail how Nazi war criminals escaped from allied justice and arrived to South America, being helped by prominent organizations and governments of the time.

KEY WORDS

World War Two, Europe, Germany, Nazi, holocaust perpetuators, escape from justice, ODESSA, Allies, Soviets, Nuremberg International Criminal Court, Vatican, Catholic Church, International Committee of the Red Cross, American Intelligence Service, OSS, CIA, South and North Tyrol, Argentina, South American Dictatorships, Juan Domingo Perón, Chile, Brazil, Bolivia, secret agreements.

RESUMEN

Las consecuencias de la Segunda Guerra mundial fueron millones de muertos, el caos de un continente destruido, innumerables víctimas que lo habían perdido todo, una economía rota, criminales a encontrar en medio del caos y juicios por ser celebrados. Encontrar tales criminales, responsables de esta tragedia, no era la fácil tarea que cualquiera podría imaginar hoy; el escenario era perfecto para que estos ex Nazis lograran evadir la justicia. A pesar de no contar con los medios que les permitirían alcanzar su objetivo, hubo quienes les ayudaron a huir y a perpetuar la impunidad. Éste ensayo discute y explica en detalle, cómo los criminales de guerra Nazi lograron escapar de la justicia Aliada, arribando a Sur América con la ayuda de organizaciones y gobiernos prominentes en la época.

PALABRAS CLAVE

Segunda Guerra Mundial, Europa, Alemania, Nazis, perpetuadores del holocausto, huida de la justicia aliada, ODESS, Aliados, Soviéticos, Corte Penal Internacional de Núremberg, Vaticano, Iglesia Católica, Comité Internacional de la Cruz Roja, Servicio Americano de Inteligencia, OSS, CIA, Sur y Norte del Tirol, Argentina, Dictaduras Suramericanas, Juan Domingo Perón, Chile, Brasil, Bolivia, acuerdos secretos.

SUMMARY

Introduction. 1. The Characters. 2. The Network. 3. Consequences. Conclusion.

INTRODUCTION

After the end of World War Two, Europe was reduced to ashes, dust, and debris; millions of people had died, millions were displaced of their fatherlands, having lost their families, and all they had because of the war. There were also hundreds of thousands of former-Nazis, soldiers, officials, collaborators of Hitler's Third Reich, and perpetuators of the Nazi holocaust that were trying to evade justice as they were responsible for causing the darkest chapter in the history of the twentieth century; all of them were trying to find hiding places within Europe or get a route out from there, such route took them to South America in most of the cases. Once this is mentioned there are many questions that come to surface such as: who they were? How did they manage to escape? Did someone or some organization helped them escaping Europe? What routes did they use? Did they affect the host countries' societies? Although there is hardly any research done so far on this topic, by the use of recent researches made by scholars and journalists; I will analyse and discuss this issue in order to find answers and explanations to these questions and find out how these criminals could escape justice.

This topic had inspired books, novels, and even films, such as the emblematic book *The Odessa File* published in 1972 by the British writer Frederick Forsyth, which two years later became a film that achieved worldwide success. Disputes and debates have been woven around about the veracity of this issue, as there are not many clues or reliable pieces of evidence to prove that Hitler's henchmen and collaborators, some of which were fearsome war criminals, escaped, avoiding criminal trials and punishment, such as 1945 Nuremberg's International Criminal Court. Frederick Forsyth and, the renowned Nazi hunter, Simon Wiesenthal talked about a supposedly powerful secret organization called ODESSA (Organisation der ehemaligen SS-Angehörigen) Organization of former SS members which, as Steinacher[1] recounts, was supposedly a secret organization composed by the survival National Socialist elite that had vast financial resources which later allowed them to become the biggest fugitive organization of all times.

The historical process of this subject is quite complicated, it passed from be only known by those who operated the escape networks, its accomplices, and protectors; to later became a sensational media scandal widely known; to finally be denied by the host countries' people, who by that time preferred to forget and deny their terrible past. In the same way, this issue has been object of fantastic inventions, lies, and hearsay that even came to say that Hitler did not die in 1945 at his Berlin bunker, but instead he escaped on a submarine en route to South America, where he spent his last days of life somewhere on the Andes Mountains.

THE CHARACTERS

The total number of Nazis that escaped from Europe, especially from Germany, at the end of World War Two is uncertain. There are only assumptions about the amount; moreover there are not records that could give us an accurate notion of the approximate number of Nazis that found a way out of Germany; similarly there is not precise information about the quantity of former Nazis, SS, and Gestapo members who arrived to South American coasts, some people says that the number is higher than 5000. Accordingly to Steinacher[2], the official Argentinean source said that some 180 prominent and seriously implicated Nazi and SS officials entered the country from Europe through the Buenos Aires Harbour on Rio de la Plata. Steinacher also states in his work that some historians, such as Holger Meding, said that the real total number is somewhere between 300 and 800 high ranked Nazis, of which there were 50 well known war criminals. All of them arrived among thousands of collaborators, National Socialists, and fascists from Italy and other countries that were migrating to South America camouflaged among the refugees.

Goñi confirms such information through his work; he states that CEANA (Comisión Para el Esclarecimiento de las Actividades Del Nazismo en La Argentina/Clarification Commission of Nazi Activities in Argentina) identified only 180 war criminals that arrived the country, however his own investigation shows that the real number is close to 300 identified Nazis[3]. The individual investigation of scholars and journalist, such as those mentioned above, has brought a new light to the topic, although we still do not know the real number of Nazis that arrive to South America, we can estimate an approximate number based on the research done, which proved that they were mostly Wehrmacht, Waffen-SS, Gestapo, Nazi party members, Italian and Croatian Fascists, of which many were involved in the atrocities perpetuated during the Nazi holocaust.

There have been important cases of high-ranked Nazis that sometime after the end of the war were found in South American cities, some of them were taken to courts in Israel and Europe, some others were later discovered hiding but regrettably never faced justice, some were never found, so presumably they died in South America also without ever having been tried and convicted for their crimes. Among those cases, there are some notable and widely known Nazi criminals such as: Josef Mengele, Adolf Eichmann, Martin Bormann, Klaus Barbie, Franz Stangl, Walter Rauff, Josef Schwammberger, Gustav Franz Wagner, Erich Priebke, Gerhald Lausegger, Walter Haasler, among many others on a long list of Nazi crimes' participants.

1. The network:

Before start to talk about this crucial piece of the issue, is important and wise to take into account and bring into the discussion the social reality of the time; which, as mentioned above, was the reality of a destroyed continent, millions were homeless, thousands were trying to find a way home, and some others were finding a place to start a new life. This social reality can probably be only and perfectly expressed by the word Exodus, as it is what this was; a huge and unprecedented movement of people due to the war outcomes. Something that history registered right after the end of World War Two, was the allies' struggle just to feed and supply the basic needs of people in the countries that were most affected by the war, this includes, of course, many German cities that were severely bombed; Steinacher[4] mentions that in Germany alone there were around 6.5 million people displaced. The Allies were working to their whole capacity to serve the needs of those affected, and to place order in the chaos, the situation was propitious for errors; Allies as well as other organizations, knowingly or unknowingly, made mistakes. This chaos and mistakes were things

used by the Nazis on their advantage, undoubtedly such factor helped this heap of war criminals running away from justice either Allied or Soviet[5].

As Steinacher addresses, during the chaos of the time and the mass migrations, national authorities such as the Austrian and Italian, were not interested in verifying people´s identity or in checking the authenticity of their documentation; as a result there was a perfect scenario for Nazi fugitives to escape, finding their own way among the hordes of migrants using fake documentation[6]. There is a point between Germany, Italy, Austria, and Switzerland, crucially important on the Nazi escape route, its name is South Tyrol on the Italian region of Bolzano. Steinacher describes it as the "Nazi escape hatch" he states that it was the first step on the path to South America. South Tyrol was a suitable place because, by the time, it was territorially and politically a sort of "no man's land" protected by the "Alpine fortress". In fact a large number of prominent war criminals from all over Europe had already fled to North Tyrol in Austria and South Tyrol in Italy before the end of the war[7]. Is important to keep in mind that these routes mostly worked for those Nazis that went unnoticed during the war, they were never in the newspapers, did not get fame, and their public recognition was low. This fact made easier for them to escape.

As mentioned, there was not much border control in the area of Tyrol; therefore people could cross from one side to the other, especially in a place called the Brenner Pass. Once they get in South Tyrol, they were already in Italy, where things were much easier, at that point they had two options; first they could stay in Italy, camouflaged among the displaced people, in order to become refugees[8]; Steinacher's work describes this in detail. On the other hand they could follow the escape route to South America. Most of these criminals, as history later demonstrated, took the second option.

Inside Italy things were much easier for Nazi fugitives en route to South America. At this point of the story we find an indispensable character, whose name is Bishop Dr. Alois Hudal, an Austrian Bishop who was the Rector of the Collegio Teutonico di Santa Maria dell'Anima, which by the time was the German church in Rome. Hudal was the most senior cleric among foreign Germans and Austrians in Italy and assumed extensive responsibilities. Historically the priests' College and the German-speakers' church in Rome served as a bridge between Catholics in the south (Italy) and the north (Austria and Germany). Hudal reached the summit of his carrier when Pope Pius XII, also known as Hitler's messenger, appointed him as 'Papal Throne Assistant'[9]. Hudal was a fervent Nazi supporter, member of the NSDAP party, anti-communist, and anti-Semite. Steinacher notes in his work that in 1937 Bishop Hudal published a book called *The Fundamental Principles of National Socialism (Die Grundlagen des Nationalsozialismus)* which he sent to Hitler with the dedication: "To the Siegfried of German Greatness". Hudal dreamed of a Christian National Socialism, and always viewed himself as a bridge between Nazis and the Roman Catholic Church. Not even after 1945 did he changed his views, what as consequence turned him into a *persona non grata* within the Catholic Church leadership, due to the support he gave to Nazi criminals on their escape[10].

Nowadays researches shows that through Hudal's help, Nazis on their way to South America found whatever they need to accomplish their escape, this means: financial resources, authentic identifications and travel documents with fake new names and nationalities, contacts, and a path to escape overseas. Bishop Hudal was able to offer all of that through the use of the confidence that other organizations had on the Vatican. Those organizations supported and helped him on this regard. Among them there was the International Committee of the Red Cross (ICRC) that gave a great support to the Nazi escape operation. Steinacher recounts that the ICRC became the major source for travel documents required for overseas travel. The author explains that the issuing of this type of documents was unusual, as these kind of documents were only issued during emergency situations, such as that one during the immediate years after the end of the war. These documents could be obtained through the assistance of people operating under the protection of the Vatican, they could be secured without any identification on part of the applicant, and without any investigation on part of the ICRC; ICRC documents could be obtained under an alias or with false nationality; it was that way because, by that time, the majority of refugees were de facto Stateless and had no valid documents.[11]

In South Tyrol the Catholic Church played an important role helping fugitives in the same way as they did within Rome, and at other different stages of the operation. Steinacher's investigation accounts that the Diocese of Brixen provides a good picture of the existing escape network, as some of the prominent figures of the clergy in South Tyrol provided help to Nazi fugitives and played an active part assisting the escape. The chief motivations of these clerics were probably the same as Hudal's, fervent anti-communism, a strong feeling of solidarity with Germans, and a desire for religious renewal; undoubtedly all of it was central for them.[12] Steinacher's research found that thanks to Bishop of Bressanone, Johannes Geisler, Hudal's close colleague and a fervent Nazi as well, fugitives could count on safe shelters from Brenner in South Tyrol to Rome, mostly on Franciscan monasteries.[13]

Another important Catholic organization that played a crucial role in helping Nazis escaping was the Vatican Relief Commission, also known as the "Pontificia Commissione di Assistenza" which was created to helped Catholic refugees and war prisoners; Steinacher states that this organization helped especially those that were former Nazis and Reich collaborators from Eastern Europe, they were considered as anti-communists, moreover if they were Catholics, as such they received all the help they could need and the opportunity to make a new start. The Pontificia Commissione di Assistenza was run by Ferdinando Bardelli, whose superior was Monsignor Giovanni Battista Montini, who later became Pope Paul VI and was supported by Pope Pius XII.[14] Goñi confirms such information, he adds and concludes that various cardinals including Montini used their influence to prepare the way for escape assistance[15], probably their strong anti-communist feelings provided the moral justification to support these criminals; Goñi's findings goes so far as to claim that there were secret agreements between Argentinean military President Juan Domingo Perón and Pope Pius XII's agent, who by the time was Montini, those agreements became secret migration treaties between the Holy See and Argentina which casually protected and favour Nazi fugitives.[16]

In 1944 something usual happened to the Pontificia Commissione di Assistenza, it was divided into National Subcommittees, Steinacher calls this an improvisation process. The Austrian Relief committee was run by Bishop Hudal; the German committee was in charge of Monsignor Karl Heinemann and on the other side, the Croatian committee was run by Rector Juraj Magjerec and Monsignor Krunoslav Draganović. Draganović resulted seriously implicated on helping Croatian Fascists years later, among which were members of Ustaša, which were involved in the atrocities of the holocaust as well; one of them was Ante Pavelic.[17]

To continue discussing about the escape route I would like to illustrate a particular case step by step, as that Steinacher does it on his work, it is Franz Stangl's case, who was commandant of Treblinka Extermination Camp. Stangl arrived to Rome by its own means, once in Rome he found an old Nazi comrade that helped him getting into contact with Hudal, who welcomed Stangl to Rome with open arms. Hudal provided Stangl with accommodations, money, and work. At first Stangl lived with Hudal, then the Bishop found him a job in the library of the Collegium Germanicum; Stangl worked there until he received his ICRC documentation that would allow him to continue his journey. After weeks he received the

required documents, a ticket, a visa, and a job in a textile factory in Syria. Stangl later fled to Brazil where he found a job as mechanic at a Volkswagen factory in São Paulo.[18]

Steinacher relates in detail how Bishop Hudal instead on waiting until the entry of visas, from Central and South American States, contacted directly the military President of Argentina Perón. In a letter dated 31 August 1948, Hudal asked for 5,000 visas for German and Austrian soldiers, not as refugees but as 'anti-Bolshevik fighters' whose 'sacrifices during the war had saved Europe form Soviet domination'. After that Hudal asked for visas for German and Austrian National Socialist and Waffen-SS men.[19] Through the use of travel documents issued by the ICRC and the visas issued by the Argentinean military Government, Bishop Hudal was able to assist Nazis to escape from Rome, to Genoa, where some days later after leaving Rome they embarked en route to South America, more precisely, to the Buenos Aires Harbour on Rio de la Plata. Presumably, as Steinacher mentions, once they reached South American coasts there were people waiting for them. They could be Bishop Hudal's agents or even Argentinean Government agents.[20] Having arrived in Argentina they could start a new life, without concern for the International Justice entities that were looking for them to make them face international criminal courts, due to the fact that they were, at that moment, under the protection of a sovereign country which, as Goñi relates in his work, was an extension of the Nazi regime, and came to qualified Nuremberg's trials of being a disgrace; a country whose President was secretly committed to save from the Allied justice as many Nazi criminals as possible.[21]

Aside of the Vatican network operated in by high-ranked, anti-communist catholic priest; there was another, very important network of which there is not as much information as there is of the latter discussed. It is the American Military Intelligence Service or OSS, which later became into CIA. This network was mainly motivated by the Cold War situation that followed the end of World War Two. Steinacher describes it as a 'recycling' made by the Intelligence Service agents on former and still usable SS and Gestapo members, that had at their disposal valuable information about the Soviet communist, and that could help Americans fighting the communist threat. At this point the U.S. intelligence service not only discovered the Catholic - National Socialist route of escape to South America, but moreover they started using it as well for the same purposes. The name that the Intelligence service used to refer to the escape routes was 'Ratlines', since then this legendary name is used by many to talk about this issue[22].

The Italy-South America Ratline was such as well-organized and successful escape route that now Catholic priests and the American Intelligence agents were making ODESSA look amateurish. Steinacher affirms that any involvement between the U.S Intelligence and Nazi war criminals would have done terrible damage to the United States in the public eye. Therefore this was made and kept in secret until 1998 when the CIA declassified some files regarding operations involving mutual support with Nazi war criminals and their escape.[23] One of the cases that most shocked the public opinion was Klaus Barbie's case, Steinacher addressed it on his work as well.[24] Barbie, also known as the Butcher of Lyon, was the head of the Gestapo in the French city of Lyon. By the end of the war Barbie was responsible for the deaths of more than 4000 French people, 7000 deported people and of the death of the French ambassador from Free France Jean Moulin, who died after he had been tortured by Barbie.

Klaus Barbie is a success example of the Austria-Italy-Genoa-South America Ratline. As Steinacher addresses detailed, Barbie helped the U.S. Intelligence Service fighting the common enemy (communism), after what they helped him escaping along with his family to a safe place on South America. Barbie and his family received ICRC Travel Documents and visas for Bolivia with a new name, Klaus Altmann. Once in Bolivia Altmann, or Barbie was outwardly a businessman, but his various sidelines show that he went on working at his trade for the CIA and for his fascist colleagues in Bolivia.[25]

There was certain convergence point between the U.S. Intelligence ratline and the Vatican network, as Steinacher describes; in 1944 the U.S. Military Administration and the U.S. Military Service started providing Hudal's Austrian committee in Rome with financial help; a monthly support of US$ 1,500 that by that time was a huge sum of money. U.S. Military Intelligence knew about Hudal's sympathy and help to former Nazis and wanted war criminals because of his frequent exchanges of letters that fell into the hands of the Allied mail censors. Even so the Allies did not stop Hudal's activities. On the other hand Hudal and his Austrian Relief committee began collaborating with the OSS agents in the sphere of espionage, the Americans never gave them any official political recognition for that. Aside the financial support provided to Hudal by the OSS, he also received financial support from secular and religious sources.[26]

2. Consequences

To discuss this part of the issue, of which some notions have already been given, is important to first mention that during and after the end of the war there was a general interest among countries in recruiting German specialists, technicians, and professionals such as scientists, engineers, and mathematicians among others; they were incredibly well-prepared and would be very helpful contributing to any other country's growth. This was Argentina's case.[27] Military Argentine President Juan Domingo Perón, was very interested on the recruitment of German specialist technicians and also in former Nazi military and war specialist; About the first Perón say, while exile in Spain, that he was trying to modernized his country,[28] although he did not said too much in public about Nazi criminals, despite he talked a lot about his determination to help those who were identified with his political Fascist ideas, mentioned above.

Goñi has extensively researched on this area. This author and journalist states, that Perón had a secret escape organization to assist former Nazis and war criminals on their way to South America[29]. Goñi relates that the investigation and scholar research on this subject did not start until CIA's Nazi files declassification in 1998, and 1992, mentioned above, when the Peronist government of then-president Carlos Menem announced the opening of Argentina's Nazi Files. Sadly what the researchers and journalist found was only precious little information, the most of the important documents and files regarding the real events had reportedly been destroyed back in 1955 during the last days of Perón's government.[30] During the years of World War Two and the post-War period most South American States were under right wing, anti-Communist military regimes. There is only one country exempt from it due to its strong democratic tradition; the countries in the top of the list were Argentina, Chile, Brazil, and Bolivia, some of them were already mentioned as Nazi hiding places. Some authors such as Etchepare and Stewart confirms such information and discusses especially about Chile's case through their work.[31]

Although most of the relevant information was destroyed and some is still hidden from the public, the investigation and research of some show us today the real impact and influence that the German National Socialists and the welcoming of Nazi war criminals had on the South American societies. Goñi relates in his book that there are some aspects that distinguished the fascist government of Perón, its anti-Semitism, anti-communist feelings, and the belief in ethnic and race superiority are example of this. Just to give an example that Goñi addresses in his work, Perón's government was aware of the possible migration of Jews to Argentina during and at the end of the war. Therefore he ordered to his foreign ministry and immigration

offices to make process hard for them, making, as mentioned, Argentinean visas only accessible and issued to Catholic immigrants.[32] On the other hand Goñi states that during the war Germany to show its good will to the only neutral nation in the Americas, offered Argentina the opportunity to repatriate the estimated one hundred Argentinean Jews living in Germany, France, Belgium, Holland, Italy, and Greece. German Foreign Minister Ribbentrop struggled to save the lives these Jews, in fact was faced against Himmler who refused to give special treatment to Argentinean Jews and exempted them from the 'Final Solution'. As Goñi relates most of those Argentinean Jew ended in Bergen-Belsen Concentration Camp, and Argentina remained as the only state in the world failing to repatriate its Jews. This was something of no interest at all to Perón.[33] Perón's internal abuse to Jews went further than just this.

Similarly in Chile, as Etchepare and Stewart state, during the years of the National Socialist activism in Germany in Chile there were certain youth movements that identified themselves as Nazis. In their work these authors relates how on September the 5th in 1938 there was a Nazi attempt to seize power from then-President Arturo Alessandri Palma. This youth movement was trying to depose the President, implement a National government independent from any of the Chilean political parties of the time and sabotage the presidential election as well. Through guns they took control of a building of the University of Chile and a building in front of the Presidential Palace. The same day by 4:30pm the putsch had been defeated with 63 Chilean Nazis and 1 Police dead. These authors also talks about the formation of a National Socialist Movement in Chile in 1932 which followed the model of the German NSDAP. The founders of this movement were trying to turn it into a Chilean reproduction of German Nazis by following Hitler's party programme.[34] Is important to recall that Nazi criminal Walter Rauff, creator of the so called "mobile gas chamber", died in Chile in 1984. He was never tried for his crimes as he was under the protection of the Chilean government as a refugee; Rauff himself talked about this in an interview he gave in 1979 to the Chilean media.

Buchrucker also talks about the role of former Nazis and war criminals in their host countries. This author recognizes the arrival of Nazi war criminals in Argentina; He states that all of them were protected by the Peronist government and members of the Argentinean Catholic Church; they were helped by the Secret Service of countries such as United States and Britain as well. Those war criminals were absorbed into the "State machinery", they were mostly in low and unnoticeable positions and some of them owned enormous fortunes, but the author clarifies that the source of that money was not in the Peronist Argentina but in liberal Switzerland.[35]

In his conclusions Goñi states that Argentinean protection to war criminals and former-Nazis had a lot to do with the waves of terror that Argentineans lived between 1976 and 1983, during the dictatorship. He says that: "Buenos Aires then was imaginably similar to Berlin in the early 1940's, living in a society that pretended to be unaware of, or even secretly condoned, the mass extermination that was taking place. By the time it was over, some 20,000 people had 'disappeared' in Argentina's death camps."[36]

Sadly, because of those traditional practices of the totalitarian regimes, there is not much information, therefore we will never know the full truth, about the activities of former Nazis in South America; criminals that were under the protection of South American fascist governments. Now we only have access to a very little amount of the real and total information regarding these events, because in most countries where Nazis were operating it was destroyed, probably because of the inconvenience which would have resulted for military leaders of those countries that helped Nazis and that applied their terrible practices on their own people. There are some rumours about the activities of former Nazis in South America, according to which they worked training Perón's army. Rumours about Klaus Barbie say that he gave advice to South American dictators and that he participated actively as part of the Bolivian army. He eventually confessed such information during his trial in 1983 after being extradited from Peru to France. About those that ended in Argentina and Chile people say that they participated, as Goñi mentions, in the mass disappearances of the military regimes' opponents and that they were allegedly planning the rise of a fourth Reich.

Conclusion

It is Certainly incredible how political, economic, and religious ideologies; the hatred, and fear against the contrary ideology, a different religion, or simply of that which is different than us; gathered so many people, from so many different facets and levels of societies and countries, to help those who had caused one of the greatest catastrophes in modern human history. As discussed every single man and organization that assisted and cooperated on this escape network, had its own reasons, which morally allowed them to support those who are mention across this paper as criminals.

Interestingly, I find a certain component of cynicism from many of those who collaborated on the escape of these criminals; based on which I wonder, how the victorious powers of World War Two could guarantee the world that such catastrophe would never happen again, while some of them, such as the United States, were trying to find ways to save those, whom, as mentioned, were planning to establish a fourth Reich in countries of the Americas. how United States' agents could came to said to the world and the history in emblematic pieces of international law, such as 1948 Universal Declaration of Human Rights, that such war crimes would never happen again in the world, while encouraging impunity. Undoubtedly is each man's memory which, as time goes by, will empower each individual to choose and change its destiny and in this same sense their peers' future.

Bibliography

Cristián BUCHRUCKER, "*Latin America in the Time of Nazis*." Patterns of Prejudice 31, 3 (2010), p. 79-87.

Jaime Antonio ETCHEPARE & Hamish STEWART. "*Nazism in Chile*" Journal of Contemporary History 30, 4 (1995), p. 577-605.

Uki GOÑI, *The Real Odessa*, London, Granta Books, 2002.

Gerald STEINACHER, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice*, New York, Oxford University Press, 2011.

Gerald STEINACHER, "The Cape of Last Hope." Digital Commons University of Nebraska-Lincoln 1, 1 (2006), p. 203-224.

Notes

* Christian David Arias Ávila. University of Winnipeg. First year Pre-Law & Political Science. Email: ariasavila-c@webmail.uwinnipeg.ca.

1. Gerald Steinacher, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice, New York,* Oxford University Press, 2011, p. 16.
2. Ibid. p. 26.
3. Uki Goñi, The Real Odessa, London, Granta Books, 2002, p. 323.
4. Op. Cit. Gerald Steinacher. p. 4.
5. Ibid. p. 1.
6. Ibid. pp. 2 to 3.
7. Gerald Steinacher, "*The Cape of Last Hope*", Digital Commons University of Nebraska-Lincoln 1, 1 (2006), p. 205.
8. Op. Cit. Gerald Steinacher, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice*, New York, Oxford University Press. pp. 4 to 7.
9. Ibid. p. 118.
10. Op. Cit. Gerald Steinacher, "*The Cape of Last Hope*". p. 214.
11. Op. Cit. Gerald Steinacher, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice*, New York, Oxford University Press. pp. 55 to 56.
12. Ibid. p. 139.
13. Op. Cit. Gerald Steinacher, "*The Cape of Last Hope*". p. 214.
14. Op. Cit. Gerald Steinacher, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice*. p. 102 to 103.
15. Uki Goñi, *The Real Odessa*, London, Granta Books, 2002, p. 322.
16. *Ibidem*, p. 99.
17. Gerald Steinacher, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 111.
18. *Ibidem*, p. 114.
19. *Ibidem,* p. 123.
20. *Ibidem,* p. 122.
21. Op. Cit. Uki Goñi. pp. 100 to 101.
22. Op. Cit. Gerald Steinacher, *Nazis on the Run: How Hitler's Henchmen Fled Justice.* p. 159 to 160.
23. Ibid. p. 160.
24. Ibid. p. 200.
25. Ibid. p. 203.
26. Ibid. p. 121.
27. Ibid. p. 219.
28. Ibid. pp. 219 to 220.
29. Op. Cit. Uki Goñi. p. 103.
30. Ibid. pp. 20 to 21.
31. Jaime Etchepare, Hamish Stewart. "Nazism in Chile." *Journal of Contemporary History*, 30, 4 (1995), p. 578.
32. Op. Cit. Uki Goñi. p. 26.
33. Ibid. pp. 45 to 50.
34. Op. Cit. Jaime ETCHEPARE, Hamish STEWART. pp. 589 to 595.
35. Cristián Buchrucker, "*Latin America in the Time of Nazis*", Patterns of Prejudice 31, 3 (2010). p. 87.
36. Op. Cit. Uki Goñi. p. 320.

Gamal Abdel Nasser

María Daniela Riaño Acevedo*

RESUMEN

Este artículo pretende analizar los aspectos principales del mandato nasserista que determinaron la consolidación de un proyecto nacionalista en favor de la unidad árabe y liderazgo egipcio. Pretende, además, resaltar el papel preponderante que Gamal Abdel Nasser ocupó en el panorama internacional en el contexto de la guerra fría, que le permitió destacarse como un líder de reconocimiento mundial.

PALABRAS CLAVE

Nasserismo, República Árabe Unida, Nacionalismo Árabe, Política Extranjera.

ABSTRACT

This article pretends to analyze the main aspects of Nasser´s mandate that had determined the consolidation of the nationalists' project in favor of Arab unity and Egyptian leadership. It also pretends to highlight Gamal Abdel Nasser´s role in the international scene in the context of the Cold War, which allowed him to stand out as a world-renowned leader.

KEYWORDS

Nasserism, United Arab Republic, Arab Nationalism, Foreign Policy.

SUMARIO

Introducción. 1. Represa De Assuan, Detonante Para La Liberación De Egipto. 2. Política Extranjera: Posicionamiento De Egipto En El Panorama Internacional. 3. Creación De La República Árabe Unida, Discurso Populista Y Plan De Gobierno Nasserista. 4. Fin Del Mandato Nasserista. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Para la mitad del siglo XX, Egipto estaba gobernado bajo un protectorado Británico *"disfrazado de gobierno autónomo"*[1]. Los intereses geográficos y principalmente petroleros en Oriente Medio habían generado un proceso de neo colonización por parte de Gran Bretaña y Francia. Este hecho causó gran malestar social y tuvo serias implicaciones en el desarrollo de las naciones árabes que, para esta época, se centrarían en la lucha por el fin del control Europeo. En este contexto, se empezaría a crear un profundo espíritu nacionalista árabe que sería el elemento clave para el surgimiento de uno de los más importantes líderes egipcios de todos los tiempos, Gamal Abdel Nasser.

Nasser, fue un egipcio con fuertes convicciones nacionalistas. Su carrera militar le permitió empezar a consolidar su liderazgo. En 1949, forma parte de los Oficiales Libres y con ellos planea la revolución de 1952. Sus principales objetivos fueron sacar a los británicos del país y unir Sudán con Egipto[2]. El rey Faruq es derrocado, y dos años más tarde, Nasser asciende al poder. Así inicia su carrera política representando a una nación con una fuerte intervención extranjera, que aclamaba por un personaje que lograra consolidar el nacionalismo en políticas a favor de los intereses egipcios y que tuviera la capacidad de liberar al pueblo del yugo Británico. En este sentido, su política contra las potencias mundiales será uno de los hechos más característicos de este líder, que siempre será recordado como el símbolo del Panarabismo. Este escrito pretende no solo examinar los aspectos determinantes de la política extranjera de Nasser que le permitieron posicionarse como un importante líder mundial sino también determinar el impacto y eficacia que tuvieron sus políticas socialistas y su influencia histórica en el desarrollo de la nación.

1. Represa de Assuan, detonante para la liberación de Egipto

Después del mandato del Rey Faruq, Egipto sufría grandes dificultades económicas. Nasser, en su afán por recuperar la estabilidad interna del país, empieza a planificar uno de los proyectos más importantes dentro de su gobierno, la Represa de Assuan. Su construcción contribuiría enormemente al desarrollo de la agricultura, además de convertirse en la principal fuente hidroeléctrica de la nación. Nasser acude a Estados Unidos y a la Unión Soviética en busca de capitales sin embargo, al ver la negativa de la potencia Occidental, nacionaliza el Canal de Suez e inicia su periodo de liberación de la intervención Europea.

> *"El Canal de Suez era una fachada de opresión, extorsión y humillación (…) Hoy, ciudadanos, declaramos que nuestra propiedad se nos ha sido devuelta. Los derechos sobre los cuales callábamos, nos han sido restituidos"*.[3]

Este hecho se convierte en el detonante de la guerra del Canal de Suez, en la que participan Israel, Gran Bretaña y Francia. Se debe aclarar la importancia del Canal para los Ingleses y Franceses, al ser un punto geográfico estratégico para el comercio y el proceso colonizador.

> *"1956 fue un momento crucial en la historia mundial porque probó que los poderes traicioneros no pueden triunfar sobre la voluntad del pueblo creyente (…) y éste puede triunfar sobre los enemigos más fuertes y los estados más grandes"*[4].

A partir de este momento, el discurso Nasserista, que desde un inicio estuvo direccionado a la liberación de Egipto y la vivificación de la dignidad cultural, tomará un tono más pragmático, al gestar su política extranjera a favor del posicionamiento internacional egipcio como potencia oriental.

"Ya no hay una salida a nuestra actual situación, excepto mediante la creación de una camino hacia nuestro objetivo, violento y por la fuerza, sobre un mar de sangre y bajo un horizonte ardiendo en fuego"[5].

2. Política extranjera: posicionamiento de Egipto en el panorama internacional

La política extranjera de Nasser posee varios presupuestos importantes. Primero, después de la Conferencia de Bandung con los líderes políticos Nehrú de India y Tito de Yugoslavia, previo a la guerra del Canal de Suez, se establece el Bloque de Países no Alineados frente a Estados Unidos y la Unión Soviética. *Se crea una tercera perspectiva en la guerra Fría, la perspectiva árabe*[6]. Este hecho causa un eco en la comunidad internacional e inicia la lucha de Nasser a favor de los intereses árabes. *"Por medio de nuestra unión, que nos permitió destruir el imperialismo y a sus títeres, destruiremos, si Dios quiere, al Comunismo y a la dependencia. No habrá un nuevo imperialismo que reemplace el Imperialismo Occidental del cual ya nos hemos liberado"*[7]. Sumado al tratado de armas hecho con Checoslovaquia, al reconocimiento de la República China por parte de Nasser y al acercamiento de Egipto a la URSS[8], se desarrolla el escenario perfecto para que este líder sea catalogado, por Estados Unidos, como una amenaza comunista para la región, a pesar de haberse declarado neutral. El discurso Nasserista se centrará, entonces, en la difusión de ideas de liderazgo Egipcio y creación de una nueva fuerza no-alineada frente a la bipolaridad ideológica que atravesaba la situación política mundial.

Por otro lado, con la creación del estado de Israel, Egipto toma el liderazgo de la región árabe en la lucha a favor de los palestinos. Con la nueva república judía, se consolida el proyecto Panarabista que se creó en Siria en 1910[9]. Nasser se convierte en la cabeza de este movimiento, aumentando su importancia política y adquiriendo una mayor influencia en estos territorios. *Nasser no es creador ni arbitrario del rol del nacionalismo árabe en las cuestiones internacionales; su rol era el de comandante en jefe, cuya función fue trasladar ideas en acciones*[10]. La política extranjera que velaba por la libertad de Egipto frente a Gran Bretaña, se sumó al Panarabismo, consolidando un proyecto a favor del posicionamiento internacional árabe.

3. Creación de la República Árabe Unida, discurso populista y plan de gobierno nasserista

A partir del eminente reconocimiento político que había adquirido Nasser después de la guerra del Canal de Suez, la región Medio Oriental empezó a considerar a Egipto como punto central del Arabismo. El discurso Panarabista y la política extranjera se difundió por la comunidad árabe, aumentando la confianza y credibilidad de Nasser como líder político. En este contexto y a partir de los objetivos teóricos que se proponía el proyecto de unidad árabe, se crea la República Árabe Unida entre Siria y Egipto (1958). *Nasser era indiscutiblemente el maestro de la política egipcia y trató de hacer lo mismo para el Cairo en la política regional. Los sirios acudieron a él precisamente porque era "el más grande árabe" de la era*[11]. Esta nueva nación se convierte en un desafío político, debido a las profundas diferencias históricas, sociales y económicas entre ambos estados. Los sirios sentían que su territorio había sido anexado a Egipto, en lugar de haberse convertido en una nación unificada. Se empiezan a generar conflictos de gobernabilidad que causaron su separación en 1961[12]. Este hecho ocasionó un debilitamiento de la figura de Nasser en la región árabe.

A pesar del fracaso de la nueva república, Nasser aún mantenía un alto apoyo popular. Desde los inicios de su mandato, Gamal fue capaz de consolidar su imagen mediante su ideal populista y nacionalista, que logró penetrar en la comunidad egipcia. *La escala de veneración popular de Gamal Abdel Nasser en Egipto e incluso en el amplio mundo árabe, podría decirse que es mayor que ningún otro líder político desde el profeta Mohamed*[13]. Sus elocuentes discursos lograban abarcar los profundos anhelos de liberación y dignidad, permitiendo vincularse con el pueblo emocionalmente. *Las masas árabes sentían un apoyo moral y una satisfacción que ningún líder les había dado.*[14]

Aunque ideológicamente, Nasser logró ganar el apoyo mayoritario egipcio, el establecimiento de su política interna le causaría, más tarde, el surgimiento de una oposición principalmente por parte del partido comunista, los Hermanos Musulmanes y organizaciones de estudiantes. Instaura un modelo de partido único; implanta una nueva constitución que según Martín Muñoz consagraba lo que ya era la fórmula política de un régimen basado en el autoritarismo militar[15]. Además instituye una reforma agraria y un modelo político proteccionista (nacionalización de la industria, la banca y los medios de comunicación), sumado a su discurso populista con ideales de igualdad social. Se puede afirmar, entonces, que la política de Nasser era inminentemente socialista, lo que contradeciría su discurso sobre "los no-alineados" y su positivismo neutral. En este sentido, Martin Muñoz señala: *"El socialismo egipcio hizo frente a estas contradicciones elaborando una teoría socialista específica, cooperativista y árabe (…) mantendrá grandes distancias con el marxismo y el comunismo"*[16]. A pesar de la intención nasserista de adaptar esta ideología al caso árabe para diferenciarla de las corrientes predominantes de la época, en la práctica, terminó siguiendo los mismos lineamientos políticos comunistas e instaurando un régimen autoritario. Por esta razón, Nasser es considerado en Occidente como un dictador, más que como un héroe nacionalista[17].

4. Fin del mandato nasserista

El factor determinante, que debilitó profundamente el gobierno de Nasser, fue la derrota árabe en la Guerra de los seis días. Después de que Gamal expulsase a los cascos azules de la franja de Gaza, Israel realiza un ataque preventivo contra Egipto. Organiza una guerra relámpago, que culmina con la ocupación de varias regiones del territorio árabe[18], consolidando al estado Judío como una nación fuerte capaz de enfrentarse efectivamente a los ataques árabes (por las victorias de la guerra del Canal de Suez y la guerra de1948) y, por ende, generando uno de los peores fracasos para la comunidad musulmana. *La fuerza armada egipcia estaba en la ruina. El cuerpo de oficiales estaba humillado. El país, al parecer, estaba a merced de Israel y de la buena voluntad de las superpotencias.*[19]

Internamente, la figura de Gamal se había ido debilitando, no obstante, la derrota de 1967 marcó el fin de su impactante liderazgo árabe. Nasser decide renunciar a su cargo.

> *"Hemos llegado a un punto importante en esta exposición preguntándonos a nosotros mismos: ¿Cómo asumiremos la responsabilidad de este revés? Yo les digo, a ustedes amigos, que estoy preparado para asumir mi responsabilidad; he tomado una decisión y espero recibir su apoyo: He decidido renunciar completamente a cualquier cargo oficial y a mi rol como político (…) para realizar mi deber como cualquier otro ciudadano"*[20].

Debido al apoyo popular que aún mantenía este presidente, su renuncia no fue aceptada, y su pueblo le solicitó su permanencia en el poder. Tres años más tarde, Nasser muere de un ataque al corazón y asciende a la presidencia El-Sadat.

Conclusión

A pesar de la derrota de Egipto en la guerra de los seis días, Nasser trascenderá en la historia como un héroe nacional que consolidó uno de los más grandes logros para los árabes, la liberación de la intervención extranjera y el establecimiento de Egipto como centro del mundo árabe e importante referente político a nivel mundial. Sesenta años después de su mandato, aún permanece latente el proyecto nacionalista que Nasser no logró culminar, un proyecto en favor de los intereses de las clases menos favorecidas, en favor de la libertad nacional y el nacionalismo árabe. Para occidente, Nasser es catalogado como un socialista autoritario. En Medio Oriente, se le considera como un símbolo del panarabismo y para Egipto siempre será recordado como un libertador convencido de la grandeza árabe.

Bibliografía

BBC documentary, *The Other Side of the Suez*, http://www.youtube.com/watch?v=ETOUALw2EIs.

Steven COOK, *The Struggle for Egypt, From Nasser to Tahrir Square*, New York, Oxford University Press, 2011.

Charles CREMEANS, *The Arabs and the World, Nasser´s Arab Nationalist Policy*, United States of America, Council on Foreing Relations, 1963.

Mohamed HEIKAL, *Nasser: The Cairo Documents*, Great Britain, New English Library, 1972.

Gema MARTÍN MUÑOZ, *El Egipto de Nasser, Cuadernos del Mundo Actual*, España, Universidad Complutense, 1993.

Eduardo MONTAGUT CONTRERAS, *Panarabismo*, http://historiaideologias.blogspot.com/2010/09/panarabismo.html, 16 de septiembre, 2010.

Tarek OSMAN, *Egypt on the Brink: From the rise of Nasser to the Fall of Mubarak*, United States of America, Yale University Press, 2010.

Elie PODEH, Onn WINCLKER, *Rethinking Nasserism: Revolution and Historical Memory in Modern Egypt*, United States of America, University Press of Florida, 2004.

Diana URIBE, *Panarabismo, La era de Nasser*, http://www.youtube.com/watch?v=r1LdZPwkU4o

Notas

* María Daniela Riaño Acevedo. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Ciencias Políticas. 1er semestre. Correo: mariariac@unisabana.edu.co.

1. Diana Uribe, Panarabismo, La era de Nasser. En: http://www.youtube.com/watch?v=r1LdZPwkU4o, fecha de consulta: 20-X-2013.
2. Charles Creameans, The Arabs and the World, Nasser´s Arab Nationalist Policy, United States of America, Council on Foreing Relations, 1963, p. 29.
3. Steven Cook, The Struggle for Egypt, From Nasser to Tahrir Square, New York, Oxford University Press, 2011, p. 67.
4. Óp. Cit. Charles Cremeans p. 36.
5. Ibíd. p. 36.
6. Óp. Cit. Diana Uribe.
7. Óp. Cit. CHARLES CREMEANS. p. 36.
8. Óp. Cit. Steven Cook. p 79.
9. "Por *Panarabismo* entendemos el movimiento secular en favor de la unidad árabe, basada en la creencia de una lengua, historia y cultura comunes árabes. Sus orígenes se remontan al Imperio Otomano y su crisis. (…) El Panarabismo fue una fuerza fundamental para entender el posterior proceso de descolonización del mundo árabe después de la II Guerra Mundial. Con las sucesivas independencias se comprobó que aunque se había conseguido el objetivo de desligarse de las potencias coloniales, el de la unidad había fracasado. Ante este hecho se buscó otro objetivo más factible: la cooperación y solidaridad entre los estados árabes". Eduardo Montagut Contreras, Panarabismo. En: http://historiaideologias.blogspot.com/2010/09/panarabismo.html, (16 de septiembre de 2010), fecha de consulta: 29-IX-2013.
10. Óp. Cit. Charles Cremeans. p 24.
11. Óp. Cit. Steven Cook. p 74.
12. Esto a causa del golpe militar Sirio del 28 de Septiembre de 1961.
13. Tarek Osman, Egypt on the Brink: From the rise of Nasser to the Fall of Mubarak, United States of America, Yale University Press, 2010, p. 51.

14. Óp. Cit. Charles Cremeans. p 25.

15. Gema Martín Muñoz, El Egipto de Nasser, Cuadernos del Mundo Actual, España, Universidad Complutense, 1993. p. 8.

16. Ibíd. p. 22.

17. "Anthony Eden y Guy Mollet advierten a Occidente que el apaciguamiento de este dictador podría conducir a consecuencias tan graves como las posteriores al apaciguamiento de Hitler o Mussolini (…) Una descripción común de Nasser en Occidente ha sido <Hitler del Nilo>". Óp. Cit. Charles Cremeans p. 25.

18. Israel toma los Altos del Golán, Cisjordania (incluyendo Jerusalén Oriental), la Franja de Gaza y la península del Sinaí.

19. Óp. Cit. Steven Cook. p. 91.

20. Ibíd. p. 92.

Marketing de ciudades: aplicación de la estrategia de gestión urbana a Tokio, Bogotá y Ecuador

Diana Carolina Sánchez Vera*
Francisco Javier Valencia Ríos**

RESUMEN

El *Place Branding* o Marketing de ciudades, es aquella estrategia que han adoptado países, regiones y ciudades, con el fin de posicionar a la ciudad como marca, estableciendo para ello todos los elementos del marketing en el territorio como lo son imagen, eslogan, productos específicos en torno a ello y demás, con el fin de atraer turismo e inversión extranjera, mejorar el aspecto estético de los lugares e incrementar el sentido de pertenencia de sus habitantes hacia el territorio. El escrito desarrolla nociones básicas al respecto, presenta la conexión del tema con las ciencias jurídicas y muestra casos exitosos como Tokio a nivel global y Bogotá y Ecuador a nivel local. Finalmente se analizan brevemente las campañas anteriormente mencionadas.

PALABRAS CLAVE

Marketing, Territorio, Imagen, Marca, Inversión, Turismo, entidades estatales, vida digna, medio ambiente, Ciudades, Planificación regional, Derecho Administrativo, Gestión Urbana, Tokio, Bogotá, Ecuador.

ABSTRACT

Place Branding is one strategy adopted by countries, regions and cities, in order to position the city as a brand, setting out all elements of the marketing in the territory such as image, slogan, product environment specific to this and others, in order to attract tourism and foreign investment, improve the aesthetic appearance of places and increase the sense of belonging of its inhabitants to the territory. The paper develops basic notions about the linking of the subject with the legal sciences and indicates successful cases like Tokyo at Global level, Bogota and Ecuador to the local level. Finally is developed an analysis to the aforementioned campaigns.

KEYWORDS

Marketing, Planning, Image, Brand, Investment, Tourism, government entities, Human Dignity, environment, Cities, Regional Planning, Administrative Law, Urban Management, Tokyo, Bogota, Ecuador.

SUMARIO

1. Contexto Del Tema. 2. Caso Tokio. 3. Caso Bogotá. 4. Caso Ecuador. 5. Análisis De Las Campañas De Ciudad.

1. Contexto del tema

El Marketing de ciudades o *Place Branding* en su acepción original, es el mecanismo por el cual se mejora la imagen interna y externa de una ciudad con miras a fortalecer aspectos que lleven al desarrollo a la ciudad, tales como el aumento en la inversión o la mejora en la percepción de los ciudadanos hacia el territorio.

Los lectores se preguntarán ¿Qué relación hay entre este tema y el Derecho? La respuesta es la siguiente: Cuando los territorios buscan fortalecer su imagen, logran: 1. Cuidar el ambiente, hacerlo sostenible 2. Mejorar su relación con el entorno y por ende atraer la inversión, logrando que los habitantes tengan un mejor nivel de vida. 3 Hacer que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho -en el caso de la Constitución Nacional-, derechos fundamentales como el trabajo 4. Se materializa al concepto de vida digna, debido a la mejora de las ciudades.

El marketing de ciudades, no es más que un medio para lograr los fines del Estado y está altamente relacionado con el Derecho administrativo, pues las entidades públicas son las encargadas de cristalizar esta estrategia dentro de su gestión, tal como lo establece la Constitución nacional en su parte orgánica y las directrices de entidades como el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Este ensayo, pretende mostrar el tema del Marketing de ciudades como un tema novedoso para las Ciencias Jurídicas pero no menos importante, ya que muchas ciudades se han fortalecido alrededor de su imagen tanto en la parte interna como en la parte externa. La justificación para el desarrollo del tema, es la necesidad por parte del abogado de trascender del conocimiento netamente normativo y saber de muchas ciencias afines al Derecho, desarrollar habilidades que le permitan desempeñarse eficazmente en sus labores diarias.

La estructura del escrito es la siguiente: Daremos las pautas generales sobre el tema para pasar luego a Tokio como ciudad modelo, ya que debido a estudios y premios internacionales, ha sido reconocida como propietaria de las mejores campañas a nivel mundial. Después explicamos el caso Bogotá, ya que hay que hacer una contextualización a nivel local, buscando responder a las preguntas: ¿que se ha hecho?, ¿qué hay respecto a campañas de ciudad? Posteriormente pasaremos al ámbito regional y explicaremos brevemente el caso Ecuador que se ha destacado ampliamente a nivel internacional y una muestra de ello, es que el comercio ha aumentado (ver pro Ecuador), para culminar con una crítica

Una vez definido lo anterior, consideramos pertinente delinear alguna definición, aunque hay una homogénea al respecto. Por un lado, Gabriel Paz y Sergio Fernández ven el tema como el: "desarrollo de una imagen pública de aceptación en referencia a la ciudad y los atractivos que contenga"[1]. Florián Loreto y Gema Sanz lo definen como el "proceso de gestión de los recursos de la ciudad cuyo objetivo es favorecer la aceptación de los elementos de valor que ésta incorpora, atendiendo a las necesidades de los diferentes públicos-objetivos"[2] . Independiente de la definición que se tome, implica tener en cuenta los siguientes requisitos[3]:

1. La incorporación de la filosofía del marketing en la planificación de la ciudad.
2. El desarrollo de la metodología de planificación del marketing estratégico aplicado a las ciudades (diferente al anterior punto, ya que aquí se planifica la estrategia de marketing y en el anterior, la ciudad).
3. La utilización de técnicas que permitan medir el impacto de las actuaciones urbanas.
4. La creación de un conjunto de indicadores que permitan comparar la evolución de las ciudades en ámbitos sociales, económicos y ambientales.
5. El fomento del atractivo de la ciudad desde una perspectiva integradora del comercio, ocio y turismo urbano.
6. El desarrollo de variables que definan el marketing operativo de las ciudades.
7. El desarrollo de una política de distribución de la ciudad, basada en actividades de comunicación interna y externa como parte del plan estratégico de marketing.
8. Finalmente, el diseño de unos mecanismos de control que permitan realizar un seguimiento de los resultados obtenidos y de esta manera compararlos con los objetivos previstos.

En síntesis, el marketing de ciudades debe cumplir con las siguientes etapas:

- Análisis, planificación y fijación de objetivos.
- Estrategias y ejecución de tareas encaminadas a la consecución de los objetivos establecidos.
- Control de los resultados obtenidos.

Autores como como José Sixto García, entienden que para que el marketing de ciudades funcione en los nuevos modelos de gestión urbana son necesarios requisitos adicionales como[4]:

1. Conexión con las estrategias de desarrollo económico de la ciudad.
2. Voluntad política suficiente para que esos modelos sean tomados en serio y mantenidos en el largo plazo.
3. Inversión en medios suficiente para cruzar el umbral de notoriedad requerido en una sociedad sobresaturada de estímulos comunicativos.
4. Clara conciencia de la audiencia a la que se dirige.
5. Conocimiento de la percepción original de la marca de la ciudad con la que se parte en los diferentes colectivos implicados.
6. Coordinación entre los diversos *stakeholders* (grupos de interés).

Ahora bien, habiendo señalado los elementos esenciales, etapas y requisitos, necesarios para gestionar un modelo estándar de dirección estratégica y de marketing de ciudades, es pertinente ahora analizar mediante un ejemplo este tema. En un artículo publicado por un grupo de arquitectos y diseñadores urbanos con sede en Madrid, que operan en los ámbitos del urbanismo, la arquitectura, la ingeniería y la sociología se afirma que:

> *"Muchas ciudades europeas se han centrado en la última década en buscar modelos estratégicos que les permitan no solo un desarrollo económico y social sostenible sino en afrontar contextos adversos de desventaja competitiva. Ciudades industriales, asociadas a un sector determinado, han experimentado cambios drásticos asociados a la globalización, las dinámicas sociodemográficas, cambios en las infraestructuras o cambios políticos a gran escala, como es el caso de muchas ciudades en el Este de Alemania.*
>
> *Estas ciudades europeas realizaron estos modelos estratégicos con un solo objetivo: atraer actividad económica y fortalecer la competitividad de los sectores ya instalados en las ciudades. Conceptos como economía creativa, ciudades creativas o clases creativas han irrumpido en las lógicas del planeamiento estratégico de los municipios. Naciones Unidas en su informe sobre la economía creativa (2010) establece los tres elementos prioritarios para estos nuevos entornos urbanos: tecnología, demanda y turismo*[5].

Por otra parte, en la Lectura *"Marketing de Ciudades"* de Victoria de Elizagarte, se indica cómo implementarlo. A continuación desarrollaremos cada una de las etapas y las propuestas planteadas

por la autora, las cuales son el producto ciudad y el valor de la marca, el precio, la distribución del producto ciudad y la comunicación.

En cuanto al producto ciudad y el valor de la marca, de Elizagarte define como producto al "Conjunto de las características que proporcionan la satisfacción de las necesidades y deseos de los ciudadanos, visitantes, inversores, empresas o nuevos residentes. Se está haciendo referencia a la identidad, a aquellos atributos que definen su personalidad, lo que la ciudad es y lo que será y hará en el futuro"[6].

El precio es explicado en el texto como esa herramienta capaz de "Proporcionar valor y satisfacción a los diferentes públicos objetivos. Esta perspectiva al igual que ocurre en el marketing empresarial, es la que ayuda a comprender que la elección de los clientes se dirige hacia aquellos productos que son capaces de proporcionar más valor a cambio que lo que el cliente entrega".

Frente a la distribución del producto ciudad, se trata de "*Trasladar el producto o servicio hasta el consumidor permitiendo su disponibilidad, informando de las características y prestaciones que ofrece, así como de otros servicios adicionales*" para que lo anterior se pueda realizar, es necesario que las ciudades materialicen sus productos, por medios visuales como internet, catálogos, material fotográfico y otros.

Respecto a la comunicación, se ha definido como la parte importante de la realización del plan de Marketing, ya que es lo que permite trasladar a los públicos objetivos el posicionamiento que la ciudad haya decidido. El plan se divide a su vez en 4 aspectos y 3 ejes específicos. El primer grupo está integrado por: el conocimiento previo de la ciudad, analizar cómo se percibe la ciudad por sus diferentes públicos objetivos tanto internos como externos, intervención en la imagen interna y analizar la difusión de la imagen.

Los 3 ejes específicos son los siguientes: Atributos a mantener, eliminar y mejorar de la imagen de la ciudad por parte de los públicos objetivos (que generalmente son los empresarios, los turistas y las personas próximas a vivir en la ciudad), fuente primaria en la que se basan los creativos para hacer la campaña.

2. Caso Tokio

Se referencia a Tokio, debido a que es una de las ciudades con un plan de marketing bastante desarrollado a nivel mundial. Haciendo una revisión a diversas fuentes que hacen referencia al Marketing de la ciudad, encontramos los siguientes puntos significativos: 1. Va coordinada la imagen de la ciudad con la imagen del país; la imagen que quiere promover es de un país moderno, por algo, sus representaciones gráficas aluden al *anime* (Comic japonés) e incluso su eslogan es "*Cool Japan*" queriendo atraer a personas de occidente y de edades jóvenes y escrito en inglés como un "guiño al turismo estadounidense". Justamente lo anterior es de lo más criticado, ya que se considera occidentalizada la estrategia, que puede perder su autenticidad frente a otras ciudades como Singapur, Corea, Hong Kong. Lo anterior, está soportado en los análisis hecho por los académicos urbanos de la Escuela de Economía de Londres en su estudio *Urban Age* en 2008, quienes dicen que la imagen busca ser globalizada pero a la vez pierde pertinencia.

Otra de las características, es que la imagen promueve valores propios de la cultura japonesa, como son la limpieza y la eficiencia, esperando atraer más turistas, buscando dar esa imagen de amigable. La imagen, aunque esté sintonizada con la nacional, busca promover únicamente a Tokio y no a la región que conforma con Osaka-Nagoya, ciudades de gran importancia económica; así lo afirma el experto en urbanismo Richard Florida en el artículo "*Tokyo promotes cool image as it targets 2020 Olympics*[7].

Más que una imagen bonita, Japón busca desligarse del paradigma de nación rígida para mostrarse como flexible y por ende atraer la inversión y el turismo. Respecto a los logros conseguidos, Japón tiene una importante afluencia de personas en torno al *anime* e incluso hay zonas dedicadas a ellos, como Nerima, uno de los distritos de la ciudad. Otro aspecto que mueve bastantes turistas es a través de imágenes internacionales no oficiales, como el libro "Memorias de una Geisha" y las producciones de Ryu Murakami que muestran a Tokio como ese lugar oscuro.

Respecto al tema de la marca, es manejada por el Gobierno Metropolitano de Tokio y su Gobernador, con la coordinación de las siguientes entidades: Oficina de *Creative Promoción Industries*, que se estableció en junio de 2010 dentro de la Fabricación Industrias Oficina del Ministerio de Economía, Comercio e Industria (METI por sus siglas en inglés) para coordinar la promoción de las "industrias culturales" por varias entidades del gobierno, tales como la Agencia de Asuntos Culturales, en sí METI, y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El plan de Marketing fue diseñado desde el 2006 a diez años, con el fin de preparar todo para los juegos olímpicos de 2016 (que no consiguieron) y con miras a obtener los olímpicos del 2020, juegos que sí van a organizar. Cabe resaltar que a pesar del cambio de gobierno, (en el 2009 más exactamente), el plan se mantuvo. Este se denomina "*Tokyo Big Change*".

Los objetivos de Tokio son los siguientes: Hacer de Tokio el nuevo modelo de Ciudad para el siglo XXI buscando lograr una ciudad bella y segura para el contexto internacional, por medio de: sostenibilidad, conformada por políticas verdes, buscando un sistema de energía altamente eficiente, independiente y distribuida, la posibilidad de recuperación y avance después de la postguerra e incluso el aprovechamiento de la capacidad reconstructora, ganada por los múltiples acontecimientos a los que ha sido sometido con acciones como recuperar la conectividad por todos los medios (aéreo y terrestre principalmente) para aumentar la competitividad y en la parte social de la población, quiere mostrarse como una sociedad en la que todo el mundo pueda luchar por metas altas, se practiquen deportes y haya una alta integración con los niños, también queriendo ser el centro cultural de Asia.

Cabe señalar que según los expertos en marcas, "*Cool Japan*" parece quedarse estancada frente a la agresiva estrategia de Corea del Sur y se enmarcaría en lo denominado "Madurez y posiblemente un declive del producto ciudad" entonces por ello se han tomado medidas por parte del Gobierno Metropolitano de Tokio como participar en los acuerdos recíprocos de publicidad turística de ciudades como Londres y mantener una red de representantes del turismo extranjero en los mercados clave, alojamiento turístico e inversión de la promoción 'Días de Tokio' en Londres y otras ciudades europeas.

3. Caso Bogotá

Debemos conocer primero un poco del marketing de Colombia y su evolución para saber si hay sincronía entre ambos elementos como lo hay en Japón. El desarrollo del Marketing de Colombia se planeó desde 1991 por iniciativa de Proexport, que buscó a la Firma Lightle para que hiciera toda la campaña, pero esta se negó debido a la situación de orden público de ese entonces; por eso les recomendó esperar a que se mejoraran las cosas. Así fue y solo hasta finales de los años 90 se pudo materializar algo, cuando se lanzó la campaña "*Vive Colombia, viaja por ella*" impulsada en el Gobierno de Andrés Pastrana Arango, con el fin de que se fomentara el turismo a pesar de los problemas de orden público y seguridad en las vías[8].

En 2005, es lanzada "*Colombia es pasión*" en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, ya no solo para promover el turismo sino otros elementos importantes como la inversión y principalmente mejorar la imagen del país en el extranjero. Ahora la Marca se denomina "*CO, la respuesta es Colombia*"

y está sectorizada de acuerdo a las preferencias de cada público objetivo. Fue desarrollada bajo la iniciativa del Presidente Juan Manuel Santos. La diferencia entre ambas marcas, es que *"Colombia es pasión"* era una marca para todos los sectores, la imagen se agrupaba bajo una misma temática, un corazón ardiente con letras blancas y fondo rojo. En cambio la marca *"CO"* cambia de acuerdo al contexto en donde es utilizado.

Entrados ya en el tema de Bogotá, es de resaltar que la administración distrital ha tenido un Marketing de la ciudad diferente al del país. En cuanto a desarrollo de marca, se destacan las campañas realizadas desde la administración de Antanas Mockus, donde se plantearon 3 Marcas: «*Bogotá está en Juego*», «*Bogotá Coqueta*» y «*Por una Ciudad al Alcance de los Niños*». Se destacó la imagen de una mano con el pulgar arriba y un corazón de fondo; fue de gran recordación en los bogotanos e incluso en los colombianos, ya que esos elementos fueron usados en su campaña política a la presidencia. En la segunda administración de Mockus, se denominó la campaña *"Bogotá, todos del mismo lado"*[9].

En la administración de Enrique Peñalosa, se buscó darle un ambiente más cosmopolita a la ciudad, con miras a posicionarse internacionalmente y se ingenió la marca *"Bogotá 2.600 metros más cerca de las estrellas"*, campaña que fue una combinación de la sobriedad del clima con la calidez de estar cerca al cielo. En la administración de Lucho Garzón se diseñó *"y tú ¿Qué sabes de Bogotá?"* que buscó mejorar la parte turística y posicionar en ciertas actividades a la ciudad, como en el turismo médico. La campaña recibió diversos reconocimientos a nivel internacional y solicitudes de otras ciudades en consultoría sobre el tema.

Cabe señalar que en esa época (2006) se generó la agencia público privada *"Invest in Bogotá"* que propende por atraer a la inversión extranjera. Finalmente Samuel Moreno le apostó a la *"Bogotá Positiva"* con una cruz que llamaba a más: Más inversión, más turismo y a su vez era la misma marca de su programa de gobierno. La anterior marca fue escogida de manera democrática entre los habitantes de Bogotá.

Actualmente Gustavo Petro lidera la campaña *"Bogotá infinitas posibilidades"* que busca posicionar a la ciudad en los temas como turismo vacacional, accesible, de negocios y las ferias y eventos de la ciudad. La imagen oficial la conforman los cantantes Andrea Echeverry y Esteman. Lo anterior, según el director del Instituto distrital de Cultura y Turismo, debido a que es la ciudad más visitada de Colombia y aun así, no había una imagen que la identificara[10].

4. Caso Ecuador

Otro ejemplo claro sobre marketing de ciudades podría ser la estrategia del Ministerio de Turismo de Ecuador, el cual ha desarrollado campañas publicitarias enfocadas hacia los mercados de Estados Unidos y Perú, -principalmente- mercados considerados esenciales por el país vecino para promocionar el sector turístico del país.

Dentro de las campañas realizadas por el Ministerio, se destaca la campaña denominada *"Destino Retiro"*, la cual estaba dirigida a norteamericanos que eligieran vivir en otro país después de jubilarse. Por otra parte, para el mercado peruano se desarrollan una serie de actividades, con el propósito de consolidar la Marca Turística del Ecuador, mediante una estrategia designada *"Semana del Ecuador en Perú"*.

5. Análisis de las campañas de ciudad

Las campañas de las ciudades revisadas, buscan salir del contexto local y hacen esfuerzos por internacionalizarse y ser lo sumamente atractivas para el extranjero frente a sus competidores regionales. Pero a la vez que hay semejanzas, hay diferencias, como que en Japón, el diseño de la marca es a largo plazo. Aquí no hay vocación de estabilidad y se cambian los conceptos de acuerdo al gobierno de turno, haciendo que se gasten los recursos innecesariamente, en situaciones en las que la marca todavía esté vigente. Un ejemplo de lo anterior es que aun estando en el año 2013, se acuerden los capitalinos de "Bogotá 2600 metros más cerca de las estrellas o de "Colombia es pasión" a nivel Nacional.

Consideramos que las siguientes cosas se deben implementar: primero, debe haber una articulación entre el gobierno nacional y el local como en el Japón, cosa que en Colombia no hay, ya que vemos que mientras la imagen de Colombia tiende a resaltar la cultura interna, lo típico, la imagen de ciudad cosmopolita busca una "metropolización" de Bogotá como París o Nueva York, confundiendo así a la persona que está afuera y frustrando la campaña establecida.

En segundo lugar, la unificación entre entidades territoriales (para el presente caso Alcaldía y Presidencia con sus distintas entidades encargadas del tema) haría que se ahorraran esfuerzos administrativos y económicos, porque bajo un mismo esquema, se simplificarían operaciones.

Ahora bien, es apenas lógico que las ciudades comiencen a pensar de manera estratégica y global, por tanto, es necesario que implementen planes que se den a conocer a la comunidad internacional. Un ejemplo claro, son las frases insignias que usan algunas ciudades (la ciudad luz, la capital financiera del mundo, la ciudad verde, la ciudad de la eterna primavera, la ciudad que nunca duerme, etc.) En el caso de Colombia, las ciudades medianas y las pequeñas también deben gozar de estas medidas, porque son ellas, las que alojan a la mayor parte de la población del país.

Finalmente, en la actualidad las ciudades son consideradas como productos, por lo cual es posible gestionarlos aplicando estrategias de marketing. Sin embargo, estos mecanismos deben irse modificando y modernizándose con el objetivo de adaptarse a los tiempos y a los nuevos modelos de gestión. Dado que los ciudadanos de un territorio determinado comienzan a comportarse como clientes de los servicios que prestan dichos territorios y en consecuencia es necesario y urgente que la calidad de los servicios sea ágil y eficaz. Si se cambian, debe ser porque la campaña ha cumplido su ciclo, mas no por el cambio de gobierno.

"*Place Branding*" o "*City Marketing*" es un tema de reciente aparición, pero de necesaria aplicación, ya que es lo que permite que tanto el cliente interno como el externo, se sientan a gusto con las ciudades que los alojan por distintos motivos. Colombia y mucho menos Bogotá, deben ser ajenas a estas tendencias, hay motivos suficientes para desarrollar estos planes de mercadeo.

Bibliografía

Paula Amador Cardona. "Vender la ciudad: Bogotá como marca y producto urbano", en *Revista de Capital Cultural*, 2013. En: http://i.letrada.co/n10/santa_nerda.html.

Victoria De Elizagarate. "Marketing de ciudades". Madrid. Ediciones Pirámide. 2003.

Rodrigo Dimaté. "Place branding: La esencia de un lugar hecha marca", en *Revista Marketing News*, 2010. En: http://www.marketingnews.com.co/site/Portals/0/Documents/pdf/last_editions/ed29.pdf.

Gabriel Fernández; Sergio Paz, "Más allá del marketing de ciudades: hacia una política pública de diseño y gestión de los signos de identificación de ciudad", en *Scripta Nova, REVISTA ELECTRÓNICA DE GEOGRAFÍA Y CIENCIAS SOCIALES*. Universidad de Barcelona. ISSN: 1138-9788. Vol. IX, núm. 194 (95), 1 de agosto de 2005. En: http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-95.htm.

M. Loreto Florián Y Gema Sanz. "Evolución de la terminología del *marketing* de ciudades, de la Universidad de Alcalá". Centro Virtual Cervantes, 2005. En: http://cvc.cervantes.es/lengua/aeter/comunicaciones/florian.htm.

José Sixto García. "Marketing para ciudades: las ciudades también se venden, las ciudades también son productos", Universidad de Santiago de Compostela, 2010. En: http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/download/PEPU1010120211A/15183.

Periódico El espectador. "Andrea Echeverry, La Bermúdez y Esteman, imagen turística de Bogotá", El Espectador, 2013. En: http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-407491-andrea-echeverry-bermudez-y-esteman-imagen-turistica-de-bogota.

Andrew Stevens, "Tokyo promotes cool image after winning 2020 Olympics". City Mayors, 2013. En: http://www.citymayors.com/marketing/tokyo-brand.html.

Andrés Walliser, "Ciudades creativas, marketing urbano y desarrollo local: ¿Oportunidad o tendencia?", en *Ecosistema Urbano*, 2012. En: http://ecosistemaurbano.org/urbanismo/ciudades-creativas-marketing-urbano-y-desarrollo-local-oportunidad-o-tendencia/.

Notas

* Diana Carolina Sánchez Vera. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Derecho. 9° semestre. Correo: dianasave@unisabana.edu.co

** Francisco Javier Valencia Ríos. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Derecho. 9° semestre. Correo: franciasco.valencia@unisabana.edu.co

1. Gabriel Fernández; Sergio Paz, "Más allá del marketing de ciudades: hacia una política pública de diseño y gestión de los signos de identificación de ciudad", en *Scripta Nova, REVISTA ELECTRÓNICA DE GEOGRAFÍA Y CIENCIAS SOCIALES*. Universidad de Barcelona. ISSN: 1138-9788. Vol. IX, núm. 194 (95), 1 de agosto de 2005. En: http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-95.htm, fecha de consulta: 04-XI-2013.

2. M. Loreto Florián Y Gema Sanz. "Evolución de la terminología del *marketing* de ciudades, de la Universidad de Alcalá". Centro Virtual Cervantes, 2005. En: http://cvc.cervantes.es/lengua/aeter/comunicaciones/florian.htm, fecha de consulta: 04-XI-2013.

3. Ibíd. M. Loreto Florián Y Gema Sanz.

4. José Sixto García. "Marketing para ciudades: las ciudades también se venden, las ciudades también son productos", Universidad de Santiago de Compostela, 2010. En: http://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/download/PEPU1010120211A/15183, fecha de consulta: 04-XI-2013.

5. Andrés Walliser, "Ciudades creativas, marketing urbano y desarrollo local: ¿Oportunidad o tendencia?", en *Ecosistema Urbano*, 2012. En: http://ecosistemaurbano.org/urbanismo/ciudades-creativas-marketing-urbano-y-desarrollo-local-oportunidad-o-tendencia/, fecha de consulta: 04-XI-2013.

6. Victoria De Elizagarate. "Marketing de ciudades". Madrid. Ediciones pirámide. 2003.

7. Andrew Stevens, "Tokyo promotes cool image after winning 2020 Olympics". City Mayors, 2013. En: http://www.citymayors.com/marketing/tokyo-brand.html, fecha de consulta: 02-XI-2013.

8. Rodrigo Dimaté. "Place branding: La esencia de un lugar hecha marca", en *Revista Marketing News*, 2010. En: http://www.marketingnews.com.co/site/Portals/0/Documents/pdf/last_editions/ed29.pdf, fecha de consulta: 27-V-2013.

9. Paula Amador Cardona. "Vender la ciudad: Bogotá como marca y producto urbano", en *Revista de Capital Cultural*, 2013. En: http://i.letrada.co/n10/santa_nerda.html, fecha de consulta: 27-V-2013.

10. Periódico El espectador. "Andrea Echeverry, La Bermúdez y Esteman, imagen turística de Bogotá", El Espectador, 2013. En: http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-407491-andrea-echeverry-bermudez-y-esteman-imagen-turistica-de-bogota. fecha de Consulta: 07-XI-2013.

Universidad de La Sabana

Entrevista

Una lucha constante por el Derecho de Autor: perspectivas y anécdotas del ex subdirector general de la OMPI Carlos Fernández Ballesteros

Julián David Ruiz Rondan.

El doctor Carlos Fernández Ballesteros es doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República de Montevideo, Uruguay. Ocupó el puesto de Subdirector General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) durante 7 años (1993-1999). Posteriormente, se desempeñó como Secretario General de la Organización Iberoamericana de Derecho de Autor (LATINAUTOR) durante 8 años (1999-2006).

Actualmente es Presidente del Instituto Uruguayo de Derecho de Autor (IUDA) y del Grupo capítulo Uruguay de la ALAI (*Association Literaire et Artistique Internationale*), así como socio principal de la firma especializada en Propiedad Intelectual: Fernández Ballesteros & Fernández Sarmiento.

La revista DISSÊRTUM, en su sexta edición virtual, se complace en presentar la entrevista que amablemente accedió a conceder el Dr. Fernández Ballesteros en el desarrollo del Congreso ALAI Cartagena 2013, que se llevó a cabo del 16 al 18 de septiembre y en el cual nuestro director fue asistente.

JULIÁN DAVID RUIZ RONDAN (JR): Doctor Carlos Fernández Ballesteros, muchísimas gracias por conceder esta entrevista a Dissêrtum, la revista virtual de estudiantes de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, la cual dirijo. Es un honor estar frente a uno de los referentes de la Propiedad Intelectual a nivel mundial y que ha hecho tanto por Latinoamérica. Para comenzar, cuéntenos por favor un poco de cómo ha sido su vida académica y profesional.

CARLOS FERNÁNDEZ BALLESTEROS (FB): Ante todo, quiero expresar también mi satisfacción por charlar con la Revista, con su director, con la gente de La Sabana, porque me une a La Sabana una relación profesional, no de gran fuerza pero sí tuve la oportunidad de compartir charlas y de visitarla en una ocasión que yo era Subdirector General de la OMPI.

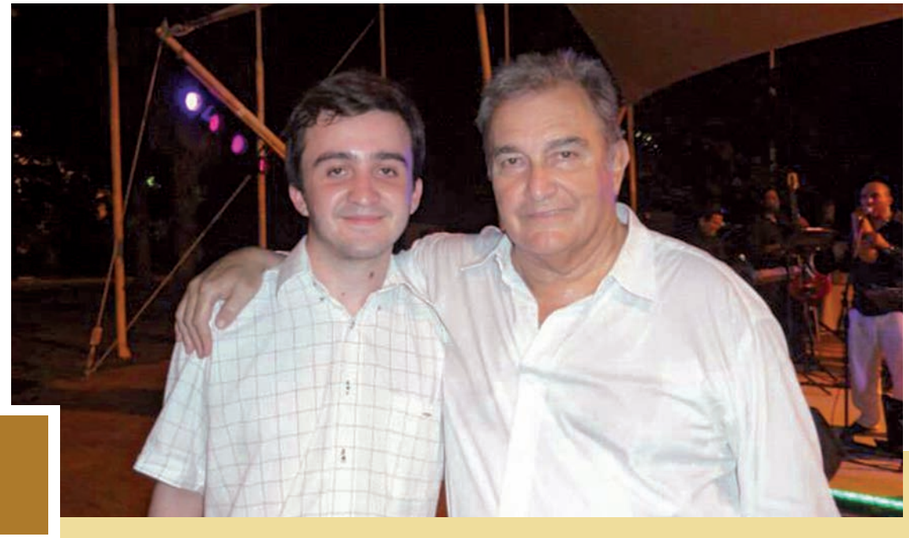
Bueno, como esta entrevista está, sin duda, dirigida a la capacidad que yo en este momento ejerzo, que es el ser un consultor internacional en materia de Derecho de Autor, presidente del Instituto Uruguayo de Derecho de Autor, miembro de honor del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, miembro de honor del CECOLDA (Centro Colombiano del Derecho de Autor), creo que la pregunta está dirigida a ese sector de la vida profesional, al cual llegué tras haber ejercido el puesto de representante al cargo de un país (Uruguay) en Ginebra.

Ginebra es una sede de Naciones Unidas que además tiene muchos organismos especializados, entre ellos la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la OMPI. Y me correspondió en Ginebra participar en momentos muy importantes que decidieron un cambio en la actividad de la OMPI muy fuerte, a raíz de sucesos que se fueron apareciendo en todos los sectores de la Propiedad Intelectual, tanto en el sector de la propiedad industrial: en dominio de las marcas, de las patentes, las indicaciones geográficas, los nombres comerciales; y el sector de la propiedad literaria y artística, donde encontramos al Derecho de Autor y los derechos que le son conexos. Ese sector fue uno que estuvo casi dormido en una gran siesta, podrá decirlo el profesor Albert Miller de la Universidad de Harvard, Massachusetts, cuando contaba que en Estados Unidos el Derecho de Autor durmió una siesta de casi dos siglos, hasta que a alguien se le ocurrió que los programas de ordenador debían ser protegidos por el Derecho de Autor.

Cuando yo llegué a ese mundo, en esos momentos de convulsión, pero una convulsión de, como dijo el Doctor Zapata en una ceremonia que siguió al fin de ese precioso congreso que organizó el CECOLDA, y todos los colombianos en Cartagena 2013 , el Congreso del ALAI (*Association Littéraire Et Artistique Internationale*) era un tiempo en el cual los países estaban muy activos tratando de acomodarse a una nueva realidad, y eso permitió que en ese tiempo, cuando Berna cumplía 100 años en 1986, y contaba apenas con 76 Estados Miembros, comenzó una actividad dentro de la OMPI muy vital.

JR: En esos momentos de convulsión, ¿cómo fue que se casó con la Propiedad Intelectual?

FB: Yo era, como dije, representante alterno del Uruguay en esa sede en Ginebra y me correspondió ser muy activo en la OMPI, y además, me entusiasmó el trabajo de la OMPI, la materia de la Propiedad Intelectual, y así, en momentos en que correspondía que yo me devolviera a mi país, tras cumplir los cinco años como diplomático, el entonces director general de la OMPI me invitó a quedarme en la organización en una especie de consultoría por un lapso de dos años. El tema fue que, habiendo consultado con mi familia, que estábamos ya preparados para devolvernos, hubo un acuerdo de tentar esa posibilidad. Fue muy grato ver que a uno lo invitan a quedarse porque se considera que uno puede ser útil y no solamente por un puesto diplomático más. Entonces, yo ingresé a la OMPI como asesor jurídico adjunto, asistente, *"Assistant Legal Council"*, lugar donde me encontré más o menos cómodo pero no con mucha actividad; entonces el director que era muy perceptivo, me comenzó a inclinar hacia el sector de América Latina y estando en el sector de



América Latina fue que me pidieron que participara en un primer curso regional sobre derecho de autor, que fue el curso de 1987 en Bogotá.

JR: O sea que fue Colombia la que lo cautivó…

FB: O sea que este querido país, que después de esa vez visité tantas veces, donde coseché tantos amigos, fue el primero que me situó en este mundo, que fue el que me cautivó, me captó y me entusiasmó tanto la materia, como la gente que estaba vinculada a ella. Eran los tiempos en que la OMPI iniciaba un ciclo muy importante. A raíz de algo como lo que dijo el profesor Miller: "el Derecho de Autor era lo que en la OMPI llamaban un pariente pobre", las utilidades de la OMPI se dividían un 80% para la Propiedad Industrial y un 20% para el Derecho de Autor.

JR: ¿Por qué tan poco presupuesto para el Derecho de Autor?

FB: En ese entonces la gestión colectiva no estaba muy desarrollada, salvo las grandes sociedades, como SADAIC en Argentina, la propia AGADU en mi país (Uruguay) que fue la primera en 1929. No era una actividad consolidada ni mucho menos perfecta, y entonces un hombre que fue vital para América Latina, el entonces director general de la sociedad Suiza de Derecho de Autor, se acercó a la OMPI a decirle que era necesario venir a América Latina, y él fue el que selló con un apretón de manos, con el entonces director MARINO PORZIO, chileno, el que todos los años se celebrara ese curso regional.

JR: ¿Cómo fue el acuerdo para la celebración de este curso?

FB: El acuerdo fue que la OMPI ponía los detalles y la Sociedad Suiza ponía el colegio de expertos, en el que había gente de mucha valía, estaba gente que estuvo en el Congreso ALAI, que tú conociste Julián, como Carlos Villalba, que consideramos todos un gran filósofo del Derecho de Autor. Luego se unió su esposa Delia Lypszic que ha escrito libros muy importantes, nada menos que

el "Manual del Derecho de Autor y Derechos Conexos" y otros temas de Derecho de Autor y libros que editó la UNESCO, junto con la editorial Zavalía y que fueron traducidos a todos los idiomas de Naciones Unidas, al punto que en los países del Este se estudia todavía el Derecho de Autor en los libros de la doctora Delia Lypszic. Aquí en Colombia nos esperaba un joven inquieto director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, el doctor Fernando Zapata López, que tras la actuación de ese curso, al cual siguió un congreso que organizaba el doctor Ricardo Antequera Parilli, recientemente fallecido y recordado por todos nosotros, tras esa instancia, el director de la OMPI lo invitó a unirse al grupo de expertos, y es entonces, desde 1988 que el doctor Zapata comenzó a ser uno de los expertos de la OMPI.

JR: Y usted fue parte de ese grupo de expertos…

FB: A mí lo que me correspondió fue que me nombraron en un cargo de director de todo el sector de cooperación en materia de Derecho de Autor. Estuvo a mi cargo el programa de cooperación de la OMPI en todo el mundo, no sólo de América Latina, también en Asia, en África… y me empecé a sentir muy útil. Fue por eso que renuncié al Ministerio de Relaciones Exteriores de mi país, con el consentimiento de mi familia y me volqué de lleno a esta actividad que me ha dado tantas gratas satisfacciones y que me acaba de dar una de las más grandes con ese grandioso homenaje inesperado que se me rindió al final de este congreso del ALAI 2013.

JR: Muy merecido también ese reconocimiento que se le hizo en el ALAI. Bueno, ¿qué opina usted de la OMPI como organismo de las Naciones Unidas, de su estructura, de su rol en los distintos países? ¿Qué veía desde la subdirección que fuera distintivo en este organismo?

FB: La OMPI le daba a quienes estaban al frente en los grados superiores, un respaldo que otros organismos no podían dar por la falta de recursos. La OMPI tenía la ventaja de generar recursos, y de hecho creo que debe seguir siendo el único organismo así en su unidad que genera recursos, fundamentalmente a través de dos tratados como el PCT - el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes- y el Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas. De allí, la OMPI genera fondos muy sustantivos que se han logrado gracias al entendimiento de los países volcado hacia el sector de cooperación. Y eso nos permitía entonces desarrollar mucho poder. Y yo me sentí muy, muy feliz yendo a casi todos los países; tuvimos una labor de convencimiento de muchos países latinoamericanos, muchos lo vinculan a mi persona. Pero lo cierto es que llegado el año 2000, toda América Latina era miembro del convenio, cuando 14 años antes faltaba más de la mitad de los países.

JR: ¿Cuáles fueron las causas de ese vuelco tan positivo de América Latina?

FB: El llevar adelante la tarea en diversos frentes, organizar cursos que es una tarea didáctica, pero sí también ayudar a establecer instituciones, como una medida, fueron las sociedades de gestión colectiva en todos los países. Ahora, también la cooperación de muchos países desarrollados, entre ellos España que se acercó mucho a nosotros desde que yo asumí ese rol en la OMPI; y muchos otros países que también albergaban cursos y formaban a jóvenes directivos y talentosos técnicos de nuestras sociedades. Esa labor, de ver que poco a poco se iba consolidando en América Latina la formación de sociedades de autores, el ver que en todos los sectores había gente que comenzaba a abonar la materia, me permite decir tranquilamente que fue lo que más me entusiasmó. Hay que hacer una referencia especial a Colombia porque la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) se convirtió, y lo he dicho en muchos escritos míos, en, para mí, lo que fue la mejor Oficina Nacional de Derecho de Autor de nuestro continente, sin duda alguna.

JR: Dr. Ballesteros, ¿Por qué la mejor oficinal nacional? Es un honor que haga esa afirmación…

FB: El hecho de tener un núcleo de abogados de mucha valía y el movimiento que comenzó a haber de todos esos funcionarios, que comenzaron a ir buscando otros rumbos, pero todos dentro del quehacer del derecho de autor, hizo que se fueran reproduciendo muchos textos de altísima calidad, a los cuales esta vez que vengo nos encontramos y lo hacen a uno rememorar , y hubo algunos que se fueron para el sector de los artistas e intérpretes, otros para la gestión colectiva, y en eso le cabe al doctor Zapata (actual presidente del CERLAC y exdirector de la DNDA) un mérito enorme por haber permitido circular, formar a los líderes para que buscaran otro destino.

JR: Muy bien, ya nos ha contado de su paso por la OMPI. ¿A qué se dedicó cuando se retiró de esta?

FB: Después de retirarme de la OMPI a fines del 99, tuve un paso por Latinautor, que es una organización de las sociedades de autor latinoamericanas y se transformó en un proyecto técnico de mucha calidad, porque permitió a todas las sociedades musicales acompasar sus repertorios, prácticamente desglosar todos los inconvenientes que había en las relaciones entre las sociedades… que el repertorio fuera realmente reconocido en todas partes y eso ha llevado a que hoy muchas sociedades latinoamericanas estén funcionando con una alta capacidad técnica y aprovechando el modelo que se muestra a través de la gestión *on-line*, que es hoy la cuestión que más preocupación ha dado ante los cambiantes de esta tecnología fantástica, casi fantasmagórica, y entonces todo eso hace que América Latina esté en plena conciencia.

Eso fue Latinautor, una puerta abierta hacia el gran "*common information system*" de la CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores), por donde las obras especiales, VIP, vamos a decir, de todas nuestras sociedades se volcaron para ser controladas *on-line*, y entonces hoy a la final se puede saber básicamente de quién es la obra, quiénes son los beneficiarios, quiénes son los titulares del derecho, que eso es una cosa muy positiva.

Más tarde pasé a ser un académico más que se preocupa por el respeto del Derecho de Autor, soy de los que ha hecho la opción decidida en favor del Derecho de Autor y que lucha para promover que se cumpla con las normas vigentes, que se adopten normas nuevas, y para garantizar que quienes quieren infringir los derechos tengan su correspondiente penalidad. Pero la lucha es difícil y está en un momento muy especial; en esta maraña la ley ha sido un paso también en ese sentido.

Estando en la OMPI me di cuenta que había una gran distancia, un gran vacío entre Europa y Estados Unidos, por un lado, y América Latina del otro, en la parte académica del Derecho de Autor. Mucho fue debido a la ausencia de nuestros grandes juristas y autoralistas, de conocimiento de lenguas extranjeras. Los grandes como Antequera Parilli no tenían conocimiento del idioma inglés y ellos eran los directivos, los líderes del instituto americano. Entonces, siendo imparcial, intenté unirlos, yo conocía al presidente, el doctor Victor Nabhan, que estuvo acá hace unos pocos días en este congreso, e intenté acercarlo. No se pudieron dar nunca los acercamientos entre los Estados que participaron, salvo México; a México le cabe ser reconocido el primer grupo que se acercó al ALAI y que lo podemos ver desde 1965, más o menos, está allí.

Entonces, cuando nos correspondió retirarnos, formamos el Instituto Uruguayo de Derecho de Autor, y ese fue el segundo grupo latinoamericano. Participamos en el primer congreso en Guajata, fue invitado también el doctor Villalba, y ahí estaba presenté la candidatura de Punta del Este para ser sede del Congreso ALAI. Finalmente se organizó un congreso en el año 2007.

Así como comenzamos a convencer a los países, comenzamos a convencer a los grupos de acá, de unos amigos, que se formara un grupo, en Argentina, que es un grupo presidido por Lyszic y tras ellos, el CECOLDA, presidido por Graciela Melo, que para mí es el mejor de los grupos de juristas, de autoralistas, de gente que había hecho también méritos del derecho de autor. Siempre vi en el CE-

COLDA un grupo excepcional con un trabajo serio, con publicaciones que seguimos disfrutando, y por eso el CECOLDA se convirtió en el grupo colombiano de la asociación ALAI de artistas internacionales. Y ahí, enseguida, compusimos los congresos de Cartagena.

JR: Así es, ¿cómo hacer para generar una cultura de reconocimiento de los derechos de autor, de respeto hacia el derecho de autor?

FB: Falta un poco de ayuda por parte de los Estados. Ha habido mucha desmotivación. Si tú piensas lo que se hizo con la OMPI, del año 83 hasta hace muy poco, hicimos treinta cursos anuales, y diez congresos internacionales, de todo, de los cuales se publicaron volúmenes de altísimo valor, y a pesar de eso, la comunidad es reticente al ver el Derecho de Autor como una materia a la que se le dedique atención, si quiera. Y ahí estamos para ver el cambio; falta que aparezca una tecnología novedosa, que permita circular por el ciberespacio y el medio, bajar obras con una facilidad indefectible; además, tener acceso a millones de versiones en todo el mundo… por eso han hecho que se creyera que el Derecho de Autor es una materia no necesaria, cuando estamos luchando por el mantenimiento de una cultura nacional: no vamos a tener una cultura porque los investigadores se cansan.

Creo que falta que los gobiernos tomen también conciencia y no se peguen fácilmente a estas teorías nuevas que tratan de tomar alternativas, como puede ser el *creative commons*,... que a mí no me preocupa para nada, y todos esos, el *software* libre, han sido intentos de desviar la atención y eso ha hecho que la asociación de internautas y la asociación de consumidores se unan y en todas partes del mundo promuevan acciones para tratar de demostrar que el Derecho de Autor es un obstáculo a la cultura, porque genera complicación para acceder a la información, y así nos encontramos en todo su desarrollo.

Creo que se debe necesariamente tener una unión fuerte de la academia y de las universidades con el gobierno para que la defensa se lleve adelante.

Tenemos en contra que el Derecho de Autor en este momento esté en manos de grandes corporaciones. En Estados Unidos, nada más con mirar la Constitución de la *"International Intelectual Property Asociation"*, tiene 16 entidades, todas dedicadas al Derecho de Autor. Ahí está la reprografía, y lo que cuesta convencer a la gente de que la reprografía es un delito y de que no hay que sacar fotocopias a un libro porque eso está atentando contra la libre circulación de los libros y, si seguimos para atrás, está atentando contra los derechos de un autor. O sea que todo eso completa y conlleva a que tengamos que enfrentarnos siempre ante un problema serio y luchar por el Derecho de Autor.

En eso estamos. La lucha por la piratería digital ha sido elocuente en ese sentido. Entonces, en este momento, en el campo de internet, en el campo digital, están prácticamente confrontados grandes gigantes de la industria por un lado y de la comunicación por el otro. Unos tratando que se les reconozcan sus derechos y que esto es un dopaje para utilizar sus productos de hacer películas, de hacer Cd's y música; y por otro lado la recomendación que sigue, que se abran las vías, que las hojas sean fácilmente accesibles a todos y que yo pueda circular. Ese es el gran controvertido de estos momentos.

JR: ¿Las nuevas tecnologías han colaborado a esa reticencia? ¿Cómo actuar ante esos nuevos hechos, ante esos nuevos desarrollos tecnológicos?

FB: Por suerte, estos desarrollos tecnológicos han ayudado también al Derecho y, si bien hubo una época de "descalabro", vamos a decir, y de descontrol, por el cual prácticamente se entró abruptamente en el medio digital, todo el mundo empezó a utilizar obras sin control y sin autorización de sus titulares, sean autores o sean las sociedades… También hubo una reacción importante con la creación y aprobación de los tratados de la OMPI del 96, los llamados tratados internet.

JR: El TODA (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor) y el TOIEF (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas)…

FB: Tal cual, estos tratados trajeron las medidas tecnológicas que nos beneficiaban en doble sentido: uno, el poner en cabeza del derecho de autor un nuevo derecho que es el de poder proteger su obra y el otro es obligar a los gobiernos a que protejan de que esas medidas sean desconocidas, y ello ha provocado la reacción de quienes quieran la utilidad social libre, por considerar que eso es un abuso y que el monopolio es demasiado.

Entonces, lo que se está haciendo es, tratar de que quienes dignifican nuestra vida con las obras del espíritu, tengan, durante la vigencia de ese derecho, una tranquilidad de un medio de vida. Cuando a mí me hablan de *creative commons*, pues este es un medio al cual acuden autores que nos les interesa vivir de su obra. El Derecho de Autor está para proteger al autor que quiere vivir de su obra, que quiere ganarse la vida y que quiere vivir dignamente; para eso se aprovecha del genio creativo, entonces los medios de desarrollo en el medio digital están combatiendo con fuerzas absurdas mentalmente porque también está metido allí Estados Unidos muy fuertemente.

Después, también es muy importante la educación de los jueces, la educación de quienes dictan justicia; en nuestros tiempos hay muchos seminarios para jueces. Hay que tener esperanzas, la cosa va y viene.

JR: Respecto al tema de la educación de los jueces en materia de Derecho de Autor, justamente en Colombia se dio recientemente facultades jurisdiccionales a la DNDA a través de la Ley Antitrámites (Decreto 019 de 2012). ¿Qué opina usted acerca del otorgamiento de facultades jurisdiccionales a una entidad administrativa?

FB: No es la primera vez que sucede; en México hay una larga tradición, una muy larga tradición. Acá no es de manera preceptiva, lo cual me alegra. En México sí lo es, alguien que tenga un conflicto en materia de Derecho de Autor, antes de presentarse al juez, antes de iniciar una demanda, tiene que ir al Instituto Nacional de Derecho de Autor, y te digo, el 90% de los casos que se presentaron allí, fueron solucionados, sin necesidad de esperar.

Tú sabes también que estamos en una época en la cual la justicia está muy depreciada, porque, primero por la tardanza de los fallos, y por el tiempo que lleven, para después llegar a unas conclusiones que ya están fuera de lugar, como sucede en la sentencia, como para hacer una sociedad especialmente ridícula que alienta a seguir infringiendo. Porque para pasarse 10 años en litigio, para que después diga que sí pone una multa de US150, como pasó en el Uruguay…

El tema de las facultades jurisdiccionales es delicado, como toda solución de justicia.

JR: Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) hay en el mundo más de 314'000.000 ciegos y personas con discapacidad visual, el 90% de ellos en países de desarrollo. El reciente 27 de junio de 2013 la OMPI anunció la aprobación del tratado de Marraketch para facilitar el acceso a las obras publicadas a personas ciegas con discapacidad visual o con otra dificultad para acceder a este texto impreso. Como experto en Propiedad Intelectual, ¿a usted cómo le parece este tratado?

FB: El reciente tratado para los discapacitados visuales está considerado como un nuevo jalón en el desarrollo de derechos de autor, en su labor de personas desposeídas de sus facultades para acceder a las obras. Es un tema delicado para quienes lo juzgan, porque inmediatamente, sí, uno les dice que es justo; hay unos que dicen "está tan, tan desgraciada la situación de un discapacitado visual que uno tiene que apiadarse de eso", pero también hay que reconocer que los discapacitados visuales, fueron empujados hacia eso por quienes están en la gran campaña de desvalorizar el Derecho de Autor y de romper puertas para exigir el derecho de devolución, viendo cada vez, menos vigilancia.

Es esa gente que está promoviendo en el seno de la OMPI desde hace muchísimos años que se abran las compuertas, que se rajen los años de protección. Esto no es más que un jalón; después de los discapacitados visuales ya vendrá alguien más, y no te extrañes ver entre ellos gente que ve perfectamente, gente que tiene mucho dinero y que sin embargo no quiere pagar; eso es lo que está detrás de todo esto.

El día de la asamblea llevaron a notorios incapacitados visuales que nunca tuvieron impedimento para acceder a una obra, impedimento no hubo ninguno. Yo conozco discapacitados visuales que son gente poderosa. Esos artistas que presentaron allí, son gente que tiene la manera de acceder a las obras que quieran, habrá una manera más para ayudarles.

Es que mirado desde el punto de vista de ayudar a los discapacitados visuales, todos decimos "muy bien", sacamos toda nuestra compasión y lo apoyamos; pero mirado desde el punto de vista de seguir mellando y medrando en derechos de autor, yo me temo que vamos a ver muchos intentos sucesivos de proyectos, para tratar de que los derechos de autor sigan siendo cada vez menos respetados.

Durante la discusión del tratado, realmente fue una jugada que los ciegos no tuvieron nada que ver, los que promovieron esto fueron no ciegos a quienes les convenía que una puerta se abriera, y esta era la más segura porque estaba en juego la compasión que despierta un discapacitado visual.

JR: ¿Cómo ve usted entonces que en la Comunidad Andina tengamos un sistema con una amplia gama de excepciones y que además se perfila algo que está en los convenios de la OMPI y que conocemos como el Three Step Test, que recuerdo consiste en que las limitaciones y excepciones deben ceñirse a casos especiales, que no afecten la normal explotación de la obra, ni afecten los legítimos intereses de los titulares de los derechos?

FB: Claro, pero eso es pura interpretación, porque cualquier gobierno, incluso acá mismo se impone una sanción y vayamos a luchar para demostrar que es un caso especial, que no es un caso especial… es decir, como es de pura interpretación, ahí están abiertas las puertas para realmente debilitar el Derecho de Autor. Las leyes norteamericanas están plagadas de soluciones y los proyectos, de quien fuera presidente de la Unión Mundial de Editores, Ana María Cabanellas, Argentina, en el 2008, en una entrevista que le hizo el diario La Nación en su país, se le consultó cuál es el mayor riesgo para la industria editorial y dijo que el mayor riesgo es la desprotección que le está cayendo al Derecho de Autor.

Estas excepciones pueden dar lugar a una infinidad más de tratados como el tratado de los incapacitados visuales. Pueden dar el "tratado de los felices internautas", ya que saben navegar tanto hay que sacar del camino todo obstáculo para que puedan navegar diariamente. Estamos entrando en una brecha de casuística muy peligrosa y muy inteligentemente jugando con una nota muy de moda como es la discapacidad visual.

JR: Doctor Carlos Fernández Ballesteros, muchas gracias por conceder este espacio para la Revista Dissêrtum, es un honor haber compartido con una de las mentes más brillantes de la Propiedad Intelectual, que sin duda ha hecho muchos aportes a la comunidad intelectualista. Finalmente, me gustaría que diera un consejo a los estudiantes de la Universidad de La Sabana que queremos incursionar como investigadores, como generadores de innovación y desarrollo.

FB: Primero, que sigan las directivas que su universidad ha tomado para promover el Derecho de Autor, me parece fantástico. Luchen por el Derecho de Autor porque es una lucha muy noble, es algo que lo va a enaltecer. Únanse como miembros académicos para, ante todo, seguir avanzando y que Colombia sea el país en el que mejor se protege el Derecho de Autor. Y también está que el seguir al ALAI sería muy bueno, y además que el ALAI requiere medios para llegar al lugar en el que está pero, piénsenlo, los congresos del ALAI como este de Colombia que fue fantástico, ha demostrado que allí se reúnen los mejores y dan buenos resultados. He pensado que una vez al año uno tiene que estar al menos dos días con esa gente, porque es un esfuerzo que vale la pena.

JR: Muchas gracias doctor.

FB: Gracias a ti y a tu revista.

Universidad de
La Sabana