

'Este es un libro que no solo enseña cuán fundamental es el trabajo jurídico para el cambio social sino que también brinda un análisis exhaustivo del concepto de justicia, como teoría y también como enfoque práctico en la estela que dejó la CFG.'

Máximo Bomchil

Miembro del Consejo de IBA; Co-Presidente, Comité de Gestión de Estudios Jurídicos de IBA (2013–2014); Socio Sénior del Estudio M & M Bomchil, Buenos Aires

Pobreza, Justicia y el Estado de Derecho: Informe de la segunda etapa del grupo de trabajo presidencial sobre la crisis financiera de la IBA



Pobreza, Justicia y el Estado de Derecho

Informe de la segunda etapa del grupo de trabajo
presidencial sobre la crisis financiera de la IBA

Editores:

Peter D Maynard, PhD and Neil Gold, LSM, LL.M

International Bar Association
4th Floor, 10 St Bride Street
London EC4A 4AD
United Kingdom

T: +44 (0)20 7842 0090
F: +44 (0)20 7842 0091
www.ibanet.org



the global voice of
the legal profession

Pobreza, Justicia y el Estado de Derecho

**Informe de la segunda etapa del grupo de trabajo
presidencial sobre la crisis financiera de la IBA**

Editores:

Peter D Maynard, PhD and Neil Gold, LSM, LL.M



the global voice of
the legal profession®

International Bar Association

4th Floor, 10 St Bride Street
London EC4A 4AD

T: +44 (0)20 7842 0090

F: +44 (2)20 7842 0091

editor@int-bar.org

www.ibanet.org

ISBN 978-0-948711-34-3

British Library Catalogue in Publication Data.

Un registro de catálogo de este libro está disponible en British Library.

© International Bar Association 2014

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida o transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, ni almacenarse en ningún sistema de recuperación de cualquier naturaleza sin el permiso previo y por escrito del titular de los derechos de autor. Cualquier permiso debe ser solicitado al Departamento de Contenidos y dirigido a la dirección de IBA. Se prohíbe la venta sin consentimiento previo por escrito.

Las opiniones expresadas en esta publicación son las de los autores de cada artículo, y no necesariamente las de la International Bar Association.

DIRECCIÓN DE IBA

Presidente Michael Reynolds

Vice Presidente David W Rivkin

Secretario General Martin Šolc

Director Ejecutivo Mark Ellis

REDACCIÓN Y DISEÑO

Director de Contenidos James Lewis

Director Creativo Tim Licence

Ex Jefe de Redacción Tom Bangay

Editora de Contenidos Hannah Caddick

Contenidos

Agradecimientos	i
Introducción	3
<i>Peter D Maynard y Neil Gold</i>	
Capítulo 1: La pobreza y el derecho	15
<i>Marius Job Cohen y Jan Loorbach</i>	
Capítulo 2: Los abogados nos pueden ayudar a ganar la guerra contra la pobreza	19
<i>Muhammad Yunus</i>	
Capítulo 3: El rol del trabajo internacional pro bono de los abogados para hacer frente al impacto social de la crisis financiera global	23
<i>John Corker</i>	
Capítulo 4: Justicia en el mundo	37
<i>Amartya Sen</i>	
Capítulo 5: Imperativo de realinear el estado de derecho para promover la justicia	49
<i>Livingston Armytage</i>	
Capítulo 6: La crisis financiera global: ¿el colapso de los derechos humanos?	79
<i>Sigrun I. Skogby</i>	
Capítulo 7: La viabilidad del estado benefactor	89
<i>James J Heckman</i>	
Capítulo 8: La CFG: impacto sobre el trabajo y el empleo	111
<i>Diamond Ashiagbor</i>	
Capítulo 9: Respuesta a las causas subyacentes de la crisis: por qué el trabajo no debería pagar	121
<i>Shelley Marshall</i>	
Capítulo 10: Crisis financiera global, responsabilidad corporativa y pobreza: fase III del grupo de trabajo de la CFG	137
<i>Birgit Spiesshofer</i>	
Capítulo 11: Los roles de los abogados en la dirección de la gobernanza corporativa y responsabilidad para abordar la injusticia y desigualdad social	149
<i>Bryan Horrigan</i>	
Capítulo 12: Algo de que enorgullecerse: la respuesta de la abogacía a la crisis social argentina	173
<i>Martín Böhmer</i>	
Capítulo 13: Conexiones entre la ética de la lucha contra el lavado de dinero y la reducción de la pobreza mundial	183
<i>Adrian Evans</i>	
Capítulo 14: Conferencia del proyecto sobre la crisis financiera global de la IBA en Dublín: Sesiones de Prioridad Presidencial	189
<i>John Claydon, Mary Gold y Luz Nagle</i>	
Glosario de siglas	215
Índice	217

La fase dos del grupo de trabajo presidencial sobre la crisis financiera de la IBA

Peter D Maynard, *Socio Director, Peter D Maynard Counsel & Attorneys, ex Director del PPID (Presidencia)*

Neil Gold, *Profesor Emérito, Facultad de Derecho, University of Windsor (Secretario)*

Livingston Armytage, *The Centre for Judicial Studies, Sidney*

Diamond Ashiagbor, *Profesora, SOAS, University of London*

Martín Böhmer, *Professor Universidad de San Andres y Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*

Marius Job Cohen, *ex Profesor de Derecho, Decano de Derecho y Rector Magnificus de la Universidad de Maastricht*

John Corker, *Director del National Pro Bono Resource Centre de Australia*

Adrian Evans, *Profesor y Decano Asociado, Facultad de Derecho, Monash University*

Bryan Horrigan, *Profesor y Decano, Facultad de Derecho, Monash University, Melbourne, Australia*

Jan Loorbach, *Decano, ex Presidente, Dutch Bar Association*

Shelley Marshall, *Profesora Titular, Derecho Mercantil y Tributación, University of Monash*

Sigrun Skogly, *Profesor, Jefe del Departamento, Lancaster University Law School*

Birgit Spiesshofer, *Licenciada en Derecho, Salans*

Muhammad Yunus, *Laureado del Premio Nobel, Profesor, Yunus Centre*

Con contribuciones de:

James J Heckman, *Laureado del Premio Nobel, Profesor de Economía, University of Chicago*

Amartya Sen, *Laureado del Premio Nobel, Profesor de Economía y Filosofía, Harvard University*

Aceptado por

Michael Reynolds, *Socio, Allen & Overy, Presidente de la IBA*

Comisionado por

Akira Kawamura, *Socio, Anderson Mori & Tomotsune, ex Presidente de la IBA*

Dirección Ejecutiva del PPID

Gabrielle Williamson, *Socio, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft, Presidencia, SPPI*

Stephen Macliver, *Presidente Ejecutivo Nacional, Sparke Helmore Lawyers, Tesorero, SPPI*

Peter D Maynard, *ex Presidente, PPID*

Comité de Dirección

Olafunke Adekoya, Bernard Bekink, Chris Botha, Adrian Evans, Neil Gold, Hendrik Haag, Graeme Kirk,

Peter Maynard, Tim Soutar, Phillip Tahmindjis

Ponentes

John Claydon, Mary Gold, Neil Gold, Luz Nagle

‘A pesar de las apariencias, en lo más profundo de cada persona subyace un tesoro de iniciativas y creatividades en potencia, esperando ser descubiertas y cambiar su vida para mejor’.

Muhammad Yunus

Laureado del Premio Nobel, de su capítulo ‘Los abogados nos pueden ayudar a ganar la guerra contra la pobreza’.

‘Cuando las personas en todo el mundo luchan por obtener más justicia en el mundo, no están reclamando algún tipo de “humanitarismo mínimo”.’

Amartya Sen

Laureado del Premio Nobel, de su capítulo ‘Justicia en el mundo’.

‘Los derechos que mejoran a toda o una gran parte de la sociedad deben ser diferenciados de los derechos que benefician a algunos a expensas de muchos’

Joseph Heckman

Laureado del Premio Nobel, de su capítulo ‘La viabilidad del estado benefactor’

‘El crecimiento en Estados Unidos y Europa hoy está anémico. Es demasiado bajo, incluso para proporcionar puestos de trabajo para los nuevos operadores normales en el mercado laboral’

Joseph Stiglitz

Laureado del Premio Nobel, cuyo discurso inaugural se resume en el Informe de las Sesiones de Prioridad presidenciales de la IBA en Dublín

‘Debemos ser el cambio que deseamos ver.’

Gandhi

‘La injusticia en cualquier parte es una amenaza a la justicia en todas partes’

Martin Luther King, Jr

Laureado del Premio Nobel

‘Debemos encontrar formas de vincular el estado de derecho con mejoras reales para las condiciones de vida humanas. Debemos implementar algunas medidas para asegurar que la ayuda generosa, el trabajo de las ONG y el de esta asociación tengan un efecto inmediato, visible y tangible para que podamos sostener que... Para nosotros, el derecho es una fuerza liberadora. Es una promesa. Es un convenio. Nos dice que podemos tener esperanzas, soñar, atrevernos, hacer planes y disfrutar de nuestra existencia.’

Juez de la Corte Suprema Anthony M Kennedy

Corte Suprema de EE. UU., discurso de apertura, reunión anual de la American Bar Association, 2006.

‘Los acontecimientos de la plaza Tahrir y otros han despertado el optimismo sobre el resurgimiento democrático en el mundo. Pero al mismo tiempo, subsiste el miedo a la inestabilidad y al desorden. No olvidemos que en 2015, 1000 millones de personas seguirán viviendo en la pobreza extrema. Aún nos espera un camino difícil. El fortalecimiento del estado de derecho es más importante que nunca. Una ciudadanía empoderada es a la vez garante y alma de la democracia. La pobreza solo será derrotada cuando el derecho trabaje para todos.’

George Soros

Fundador, Open Society Foundations y Fazle Hasan Abed, Presidente, BRAC, un grupo de la sociedad civil,
Financial Times, Opinión page, 26 de septiembre de 2012.

Introducción

Pocas preguntas de las que desafían hoy a la profesión jurídica son tan fundamentales como la del bienestar (o su falta) de más de mil millones de personas en el planeta que viven en la pobreza. Desde el inicio de la crisis financiera global (CFG) en 2008, los años transcurridos se han caracterizado por una volatilidad económica sin precedentes, la incertidumbre sobre el crecimiento de la economía mundial y la carga de la deuda del gobierno. Al arribo de la CFG, los pobres del mundo ya estaban en crisis: la crisis nunca es nueva para los pobres en África, Asia y las islas del sur del Pacífico, América Latina y el Caribe. Los pobres habían experimentado la austeridad antes de la CFG en países como Argentina. Pero los acontecimientos que siguieron a la CFG profundizaron la crisis; retrocedieron muchos intentos de escapar de la pobreza, mientras que algunas personas fueron arrojadas a la pobreza por primera vez, o vieron aumentar enormemente su grado de desigualdad económica y social, no solo en los países en vías de desarrollo, sino en todas partes del mundo.

La gobernanza y responsabilidad empresaria, el derecho laboral y el empleo, las actividades *pro bono* el empoderamiento de las mujeres y los grupos vulnerables, y el estado de derecho no son los pilares de una agenda activista. Más bien, son parte de la “labor cotidiana” de abogados comerciales y las aspiraciones cotidianas del derecho para todo el mundo. Afortunadamente, estas exigencias sobre el trabajo de los abogados y sus estudios jurídicos cada día se acercan más a la norma. Los abogados comerciales tienen la responsabilidad profesional de comprender las cuestiones de fondo y asesorar a sus clientes sobre el impacto que tienen sus actividades.¹ Sus clientes tienen la responsabilidad de velar por sus propios intereses y los de las comunidades en las que operan, y de actuar de manera de promover el bienestar social y económico. A los abogados les va bien haciendo el bien.

Origen del Grupo de Trabajo

En una economía global que clama por nuevas ideas, por un análisis lúcido y un optimismo pragmático, el reto era reunir abogados destacados y otras personas que apasionadamente creen que hay maneras más inteligentes para que la comunidad mundial mitigue los efectos de la CFG sobre los pobres. Aunque a veces invisible para los más adinerados, la pobreza ocupa un lugar preponderante y abrumador. Sin embargo, nos propusimos evitar el peligro perenne de no hacer nada, incluso cuando hacer algo podría ser problemático. Intentamos diseñar o identificar nuevos mecanismos, existentes o en desarrollo, necesarios para lograr el cambio que, al mismo tiempo, fueran atractivos para captar la atención de todos los interesados en un futuro sostenible y mejor.

El tema o el mantra de los dos años de gestión del Presidente de la IBA, Akira Kawamura, de 2011 a 2012 fue: “el bienestar de las personas a través del derecho”. Para él: “Cuando las dificultades económicas se intensifican, los que viven en la pobreza sufren de inmediato y más. Sin algo que los proteja, los pobres arriesgan perder lo poco que tienen, incluso, su alojamiento y comida. La CFG les ha quitado hasta el trabajo más básico a los pobres y ha impulsado a otros a la pobreza, dejándolos sin medios rápidos de recuperación. Los profesionales del derecho deben evaluar esto y, en la medida de lo posible, mediante las reformas legislativas y la prestación de servicios jurídicos, deben remediar

¹ Por ejemplo, las Directrices de Ruggie señalan la responsabilidad profesional de los abogados para dirigir la atención a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (véase, John Ruggie, ‘UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework’ (UNHRC 2011) disponible en http://ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf). Del mismo modo, además de la RSE, los abogados y sus estudios jurídicos son convocados en otros campos cubiertos en este libro para asesorar a sus clientes y para dar forma al derecho.

las causas que han llevado a las dificultades que enfrentan las personas que viven en la pobreza”.² La primera acción fue elaborar un informe sobre los fallos en la regulación y las debilidades del sistema financiero que habían contribuido a la generación de la CFG; seguido de recomendaciones para su reforma.

Por lo tanto, no fue sorprendente que el ex-presidente Kawamura haya previsto una segunda fase para el Grupo de Trabajo Presidencial sobre la CFG. Lanzada en su segundo año de gestión, esta etapa consistió de una visión histórica –histórica debido al enfoque directo sobre la pobreza y el papel de los abogados para erradicarla o reducirla– y contó con el apoyo de su sucesor, el Presidente Michael Reynolds, quien también puso un renovado énfasis sobre este tema, al igual que el de la mejora de las relaciones con los países empobrecidos y, muchas veces, inaccesibles, como Myanmar.

El ex-presidente Kawamura pidió que el Grupo de Trabajo se centrara en las secuelas de la CFG en lugar de la propia crisis. Rechazando la idea de que los abogados solo podían señalar con impotencia a los problemas de la pobreza, alentó al Grupo de Trabajo a mirar hacia el futuro, para dar forma e implementar el cambio, y para reconocer el extremo peligro de no hacerlo. Este proyecto demostraría el interés de la IBA en hacer una contribución a la sociedad y no solo a los problemas relacionados con la práctica de sus miembros. Además, creía que luego de la CFG, los gobiernos y las instituciones internacionales deberían trabajar para alentar a los países del mundo a comportarse de forma más humana. La igualdad social era un factor cada vez más importante de cambio político y legal. Los abogados pueden y deben ayudar a dar forma a ese proceso.

La División de Interés Público y Profesional (PPID, por sus siglas en inglés) del Consejo de la IBA y su Presidente reforzaron ese tema. En la apertura de la conferencia anual de la IBA en Dubai, el Presidente de la PPID, Peter Maynard, preguntó: “Somos «la voz global de la profesión», ¿pero qué estamos diciendo en términos de los problemas imperantes de la segunda década del siglo XXI, como la guerra y la paz, la pobreza, la diversidad, los derechos humanos, la corrupción, la responsabilidad social empresaria, la ética, el trabajo *pro bono*, el acceso a la justicia, y el estado de derecho?” En la conferencia anual en Dublín, volvió sobre este tema: “[D]ebemos hacer más... Me refiero a las cosas que no solo han hecho que IBA sea una buena organización, sino que la convertirán en una excelente organización. No es ningún misterio que la medida de nuestra grandeza es cuánto beneficiamos a la humanidad. Las islas de riqueza en un océano de pobreza no hacen un orden económico sostenible o justo a nivel global. La CFG y la crisis de la eurozona han exacerbado el problema de la pobreza. Pero... tenemos que seguir cuestionando y mejorando las formas convencionales de ayudar a los países pobres y las personas pobres de todo el mundo”.

La segunda fase siguió la forma de trabajo de la primera y fue liderada por la División de Práctica Jurídica sobre la regulación financiera. La primera fase del Grupo de Trabajo³ reconoció que la regulación y supervisión del sector financiero en curso eran débiles y no estaban aptas para hacer frente a los desafíos que enfrenta la economía mundial. En este sentido, informó particularmente sobre los mercados desarrollados, las acciones de quienes habían empujado al mundo hacia el borde del desastre y que habían generado la calamidad en muchos lugares, para luego continuar trabajando.

El Proyecto conocido como “Fase Dos de la CFG” fue llevado a cabo por la PPID. La coordinación general del proyecto fue entregada a la PPID para su organización, implementación y finalización. La segunda fase buscó construir sobre el trabajo realizado en la primera y, mediante los informes contenidos en este libro, dirigió su atención a los impactos negativos de la CFG sobre aquellas personas con menor capacidad para manejar o contrarrestarlos. La desigualdad empeoró como resultado de la CFG –los pobres se hicieron más pobres y muchas más personas fueron impulsadas hacia la pobreza. Esto demostró lo vulnerable que era y es el sistema económico mundial. Prácticamente nadie lo había anticipado. La estabilidad económica había caído por un precipicio. El espiral descendente provocado por la CFG se había traducido en la pérdida de empleos, crisis de vivienda, escasez de alimentos y aumento general de la pobreza en todo el mundo. Esta devastación de las necesidades humanas fundamentales impactó sobre todo en los que tenían poca o ninguna capacidad de influir

2 Véase IBA E-News, 29 de mayo de 2012, sobre el lanzamiento de la segunda etapa del Proyecto de la CFG, www.ibanet.org consultado el 8 de enero de 2013.

3 Véase, por ejemplo, ‘Interim report: preliminary views on the financial crisis’, abril de 2010 y ‘A survey of current regulatory trends’, octubre de 2010, IBA, Londres.

positivamente sobre las circunstancias que los afectaban. De hecho, nos enfrentamos a la posibilidad –y para algunos la realidad– de una doble recesión. El futuro de muchos de los grupos más vulnerables del mundo, entre ellos, las mujeres, los niños, los pueblos indígenas y otras personas que viven en la pobreza, pendía de un hilo.

Si no se hubiera producido la CFG, un buen número de países se hubiesen adelantado a los objetivos de desarrollo del milenio.⁴ Sin embargo, países como Bangladesh sí se adelantaron, aunque aun les queda trabajo por delante con respecto a ciertos objetivos específicos, tales como la mortalidad infantil y materna. Pero, esta fase destacó no solo la difícil situación de los pobres en los países en desarrollo, sino la de los pobres de todo el mundo, tanto en países desarrollados como en desarrollo.

El mandato

La segunda fase del Grupo de Trabajo informaría sobre las cuestiones sociales y jurídicas más amplias que se generaron o empeoraron por la CFG. Buscaría soluciones a estos problemas a través de los cambios que podrían introducirse en las disposiciones legales y los marcos que reflejaban la política social y económica que serviría para mejorar las circunstancias de vida de las personas y evitar las consecuencias peores, y a veces imprevistas, de la ley y la política en tiempos de crisis financiera.

Por lo tanto, los objetivos del proyecto eran:

- (a) examinar y describir el impacto de la CFG sobre los pobres;
- (b) evaluar el impacto de la CFG sobre el estado benefactor moderno y plantear formas de evitar o mitigar sus consecuencias negativas en el futuro;
- (c) identificar y examinar la legislación que puede tender a reforzar el ciclo de pobreza en el contexto de los derechos de propiedad, cumplimiento de contratos, las leyes laborales y de empleo, así como el impacto de los programas de austeridad, y plantear formas de evitar o mitigar estas consecuencias negativas en el futuro;
- (d) evaluar los problemas que enfrenta el acceso a la justicia, la buena gobernanza, los derechos humanos y las libertades civiles en circunstancias en las que los cambios de gobierno afectan a grupos como las mujeres, las poblaciones indígenas y otros grupos marginados, y postular formas de evitar o mitigar las consecuencias negativas en el futuro;
- (e) identificar y promover las formas en que la profesión jurídica puede mejorar la prosperidad de la gente en todo el mundo a través de la reforma legal y la justicia.

En cuanto al informe, se decidió que los resultados de la segunda fase se recogerían en un libro de documentos editados para su publicación por la IBA. También se debía compilar el contenido del libro en un marco de tiempo relativamente corto, de menos de un año.

El primer paso fue reunir un Comité de Dirección⁵ para determinar la mejor manera de llevar a cabo el mandato, para elegir a los expertos del Grupo de Trabajo, para explicarles los parámetros del ejercicio y proporcionarles una orientación inicial para su trabajo. El Comité de Dirección estuvo formado por abogados tanto de la LPD y de la PPID. Reconoció que sintieron los efectos de la CFG sobre la pobreza de diferentes maneras en los distintos países, sectores, grupos sociales, lugares y niveles de integración en la economía mundial. Los impactos inmediatos fueron transmitidos con mayor fuerza a través de medidas de desempleo, finanzas, alimentos, combustibles, y de austeridad. Estos efectos se han agravado y todavía se están sintiendo en muchos países y grupos. Después de intensos debates, se elaboró un plan de trabajo detallado, sobre todo con la ayuda de Neil Gold, y aprobado por el Comité de Dirección, que luego identificó y contrató a expertos para llevar a cabo cada parte del proyecto dentro de un tiempo limitado.

También se decidió que el programa de la Conferencia Anual de la IBA de 2012 en Dublín debería ser examinado con el fin de identificar las sesiones de especial relevancia que tuvieran que ver con la relación entre la CFG, la pobreza y el rol del derecho como una influencia neutra, remediadora o exacerbante en la experiencia de las personas que ya estaban en la pobreza o fueron impulsadas a ella.

⁴ Véase, p. ej., www.un.org/millenniumgoals/ and www.undp.org, consultado el 8 de enero de 2013.

⁵ El Comité de Dirección fue conformado por Olafunke Adekoya, Bernard Bekink, Chris Botha, Adrian Evans, Hendrik Haag (Presidente de la primera fase del Grupo de Trabajo Presidencial sobre la CFG), Graeme Kirk, Tim Soutar, Phillip Tahmindjis y los dos editores de este volumen, Neil Gold y Peter Maynard.

Esas sesiones fueron marcadas en el programa como Sesiones de Prioridad Presidencial. Se montó un equipo de ponentes. Sus funciones se centraron en la extracción y elaboración de informes sobre el contenido esencial de las Sesiones de Prioridad Presidencial. Se reunieron y tomaron nota de los documentos, las presentaciones y las discusiones clave y se elaboró el resumen contenido en este libro.

En su reunión en La Haya el 1 de junio de 2012, el Comité de Dirección recomendó al Consejo de la PPID sobre quiénes deberían integrar el Grupo de Trabajo, integrado por los autores que han contribuido capítulos para este libro junto con los dos editores.

El Consejo de la PPID aprobó al Grupo de Trabajo, se disolvió el Comité Directivo, e inmediatamente después, el Grupo de Trabajo celebró una reunión en La Haya para iniciar su labor. Se pidió a los expertos ver temas específicos en el plan de trabajo, con un enfoque sobre el rol de los abogados en ese sector del entorno posterior a la CFG. Algunos de los expertos tenían experiencia en proyectos de reforma legal y judicial en el contexto del desarrollo y otros tenían experiencia en una reforma más amplia justicia, acceso a la justicia, trabajo *pro bono*, la RSE, la legislación laboral y otros conocimientos relevantes.

Miembros expertos y autores

1. Livingston Armytage: Acceso a la justicia Gobernanza y poder judicial

El Dr. Livingston Armytage es especialista en reforma judicial y legal, en asesoramiento a gobiernos, en tribunales y en agencias internacionales de desarrollo en la mejora de los sistemas de justicia en todo el mundo. Es director fundador del *Centre for Judicial Studies* y Profesor Adjunto de Derecho de la *University of Sydney*.

2. Diamond Ashiagbor: Trabajo y empleo

La Dra. Diamond Ashiagbor (BA, Oxford; PhD EUI, Florencia) es Profesora de Derecho Laboral en SOAS, *University of London* y ex-Reader in Law [Profesora de Derecho] de la *University College London* y Profesora de Derecho en la *University of Hull*. Investiga y publica en las áreas de derecho del trabajo/empleo; igualdad y derechos humanos; derecho del trabajo, el comercio y el desarrollo. Sus cargos previos incluyen: Investigadora del *Institute of European and Comparative Law, University of Oxford* y Miembro del *Worcester College, Oxford*. También ha sido profesora visitante en *Columbia Law School*. Las principales áreas de investigación de la Dra. Ashiagbor son el derecho laboral/del empleo; la igualdad y la ley contra la discriminación; los derechos humanos, la igualdad y el multiculturalismo; la integración de los mercados de la UE y la “nueva gobernanza”; el derecho y la economía de la regulación del mercado de trabajo; derecho del trabajo, el comercio y el desarrollo. Tiene varias publicaciones.

3. Martín Böhmer: Derechos Humanos

El Dr. Martín Böhmer es profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés en Buenos Aires, y Profesor de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es investigador sénior y fundador y ex Director del Área de Justicia de CIPPEC (una ONG de políticas públicas en Buenos Aires). Es el ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y el primer Director de la Clínica Jurídica de esa institución. El Dr. Böhmer se recibió de abogado de la Universidad de Buenos Aires y recibió su JSD y LLM de *Yale Law School*. Tiene varias publicaciones.

4. Marius Job Cohen: Propiedad (con Jan Loorbach)

El Dr. Marius Cohen obtuvo su Maestría en Derecho de la Universidad de *Groningen* y su PhD de *Leiden University*. Fue profesor de derecho, Decano de Derecho, y Rector Magnificus de la Universidad de *Maastricht*. Se desempeñó como Secretario de Estado en Educación y Ciencias, Secretario de Estado en Justicia, y Alcalde de Amsterdam. El Dr. Cohen fue electo como *lijsttrekker* (líder) del Partido Obrero. Renunció como líder del partido y miembro de la Cámara de Representantes en febrero de 2012.

5. John Corker: Acceso a la justicia *pro bono*

John Corker ha sido director del *National Pro Bono Resource Centre* de Australia desde enero de 2004. John practica la abogacía desde hace 25 años y obtuvo su licenciatura en Derecho de *Monash University* (LLB) en Melbourne y de la *University of New South Wales* (LLM). También enseña a los estudiantes de derecho de postgrado en Comunicación y Ley de Medios, y es director del *National Indigenous Television Service* (NITV) de Australia.

6. Neil Gold: Secretario, co-editor de la colección de informes y ponente principal

Neil Gold es Profesor Emérito de Derecho de la *University of Windsor* en Canadá. Ha asesorado en la educación legal, solución de controversias y la reforma del sistema jurídico en muchos países. Fue galardonado con la medalla de la *Law Society of Upper Canada* (LSM), su más alto honor, por servicios distinguidos a la profesión legal. Es miembro de la *Law Societies of Upper Canada and British Columbia* y tiene un BA (York), LLB (Toronto) y LLM (Osgoode Hall – York). Tiene varias publicaciones y ponencias.

7. Adrian Evans

El Profesor Adrian Evans ha enseñado, practicado derecho y brindado asesoramiento en educación ética en las Universidades de *Latrobe* y *Monash*, Australia. Es un académico y un profesional del derecho, con responsabilidades de docencia y de gestión en ética jurídica, educación de la justicia y supervisión de casos clínicos. El Profesor Evans está trabajando actualmente en procesos mejorados de evaluación de la ética individual y acreditación. Ha recibido el premio del *Monash Vice-Chancellor* por la Enseñanza Distinguida y es el Decano Asociado (Personal) en *Monash Law School*, Victoria, Australia.

8. Bryan Horrigan: Responsabilidad social empresaria y gobernanza

El Dr. Bryan Horrigan es el Louis Waller Chair of Law y Decano Asociado (Investigación) de la Facultad de Derecho de *Monash University* en Melbourne, Australia. Ha desempeñado el cargo de Director del *National Centre for Corporate Law and Policy Research*, Director Adjunto del *National Institute of Governance* y Codirector de fundación del *Centre for Comparative Law, History, and Governance*. Su libro más reciente en el ámbito de la responsabilidad corporativa y gobernanza, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century: Debates, Models, and Practices Across Government, Law, and Business* fue publicado a nivel internacional por la editorial inglesa *Edward Elgar Publishing* a fines de 2010. El Profesor Horrigan completó sus estudios de grado en la *University of Queensland* y es doctor en derecho por *Oxford University* como *Rhodes Scholar*.

9. Jan Dirk Loorbach: Propiedad (con Job Cohen)

Jan Loorbach es el ex-presidente del *Dutch Bar Association* y ha sido practicante por muchos años, además de ser Decano del *Rotterdam Law Centre*.

10. Peter Maynard: Presidente, co-editor de la colección de informes

El Dr. Peter Maynard tiene un BA (con honores) de *McGill*, un LLM de *Cambridge* y un MA y PhD de *Johns Hopkins University*. Es abogado habilitado en Inglaterra y Gales, y varios Estados del Caribe. Es *Head of Chambers* del Peter D Maynard *Counsel and Attorneys*, en Nassau, Bahamas. Es un líder de IBA y es el ex-presidente de la PPID. Actualmente es economista de Naciones Unidas, NY, y es el ex-presidente del *Bahamas Bar Association* y *Organization of Commonwealth Caribbean Bar Associations*. Sus áreas preferidas de ejercicio son el derecho anti-corrupción y el seguimiento de activos y recuperación. Es autor de numerosas publicaciones y profesor de derecho.

11. Shelley Marshall: Trabajo y empleo

Shelley Marshall es egresada en Arte y Derecho y Estudios del Desarrollo de la *University of Melbourne* y la *London School of Economics and Political Science*, respectivamente. Es profesora titular en el Departamento de Derecho Mercantil y Tributación en *Monash University*, Australia. Dos de sus más recientes publicaciones abordan la crisis financiera: *Re-Embedding the Market: Crisis and*

Reinvention? (2012) y la edición especial de otoño de *Politics and Society*; ambos examinan las causas de la crisis y proponen nuevas ideas para la re-gobernanza de los mercados en respuesta a la crisis financiera.

12. Sigrun Skogly: Derechos Humanos

La Profesora Sigrun I Skogly, es Profesora de Derechos Humanos, *Lancaster University*, RR. UU.; Profesora Visitante, *Buskerud University College*, Noruega. Recibió sus primeros títulos de la *University of Oslo* y del *College of Europe* en Bruges. Se graduó de la *University of Essex* con un LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su título doctoral fue otorgado por la Facultad de Derecho de la *University of Oslo*. Su tesis doctoral estudia las obligaciones de derechos humanos del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) desde la perspectiva del derecho internacional público. Tiene varias publicaciones y ponencias.

13. Birgit Spiesshofer: Responsabilidad social empresarial

Educada en las Universidades de *Heidelberg* (PhD [Dr. jur.]), 1988, *Tuebingen* y *Freiburg*, y Practicante (*Referendar*) i. a. de la Comisión Europea y la Facultad de Derecho de la *New York University* (MCJ, 1990), la Dra. Birgit Spiesshofer es abogada, y ha desempeñado el cargo de *Counsel* en *Salans LLP* desde el 1 de abril de 2010. Antes de eso fue socia en *Hengeler Mueller*. Comenzó su carrera en *Feddersen Laule* (hoy *White & Case*), y trabajó como asociada extranjera en *Kaye Scholer Fierman Hays & Handler* en Washington, DC. Estableció el '*Gaemo Group – Corporate Responsibility International*' en junio de 2009. Es presidente del comité de RSE del *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), copresidente del Comité de RSE de la IBA y miembro del Comité de Derecho Constitucional y Comité de Derechos Humanos del *German Lawyers Association*.

14. Muhammad Yunus: Microcrédito y microfinanzas

El Dr. Muhammad Yunus es un economista de Bangladeshi y fundador del Banco Grameen, una institución que brinda microcréditos. Yunus y Grameen recibieron el Premio Nobel de la Paz en 2006, "por sus esfuerzos a través de los microcréditos de generar desarrollo económico y social desde abajo". Es miembro del consejo asesor de *Shahjahan University of Science and Technology*. Antes de eso fue Profesor de Economía en *Chittagong University*. Es autor de *Banker to the Poor* y dos libros sobre modelos de negocios sociales, y miembro fundador del directorio de *Grameen America* y *Grameen Foundation*.

Miembros coordinadores

1. Bernard Bekink

El Dr. Bernard Bekink es Profesor Asociado y tiene los grados de BLC, LLB, LLM, LLD, todos de la *University of Pretoria*. Es abogado del *High Court* de Sudáfrica. Luego de obtener el título de LLB, se unió a *Couzyn, Hertzog & Horak*. Fue Asesor Legal Principal para el Ayuntamiento de Pretoria y luego fue Profesor Titular de la *University of Pretoria* del Departamento de Derecho Público.

2. Christo Botha

El Dr. Christo Botha tiene el título de BJuris y LLB de *Rand Afrikaans University*. Obtuvo un LLD de la *University of South Africa* y un diploma de posgrado en contabilidad forense de *Pretoria University*. Ha sido practicante desde 1982.

3. Adrian Evans

El Profesor Adrian Evans ha enseñado, practicado derecho y brindado asesoramiento en educación ética en las Universidades de *Latrobe* y *Monash*, Australia. Es un académico y un profesional del derecho, con responsabilidades de docencia y de gestión en ética jurídica, educación de la justicia y supervisión de casos clínicos. El Profesor Evans está trabajando actualmente en

procesos mejorados de evaluación de la ética individual y acreditación. Ha recibido el premio del *Monash Vice-Chancellor* por la Enseñanza Distinguida y es el Decano Asociado (Personal) en *Monash Law School*, Victoria, Australia.

4. Neil Gold, secretario, co-editor de la colección de informes y ponente principal para las sesiones de prioridad presidencial de la conferencia de Dublín.

Neil Gold es Profesor Emérito de Derecho de la *University of Windsor* en Canadá. Ha asesorado en la educación legal, solución de controversias y la reforma del sistema jurídico en muchos países. Fue galardonado con la medalla de la *Law Society of Upper Canada*, su más alto honor, por servicios distinguidos en la profesión legal. Es miembro de la *Law Societies of Upper Canada and British Columbia* (LSM) y tiene un BA (York), LLB (Toronto) y LLM (Osgoode Hall – York). Tiene varias publicaciones y ponencias.

5. Peter Maynard, Presidente, co-editor de la colección de informes

El Dr. Peter Maynard tiene un BA (con honores) de McGill, un LLM de *Cambridge* y un MA y PhD de *Johns Hopkins University*. Es abogado habilitado en Inglaterra y Gales, y varios Estados del Caribe. Es *Head of Chambers* del *Peter D Maynard Counsel and Attorneys*, en Nassau, Bahamas. Es un líder de IBA y es el ex-presidente de la PPID. Actualmente es economista de Naciones Unidas, NY, y es el ex-presidente del *Bahamas Bar Association* y *Organization of Commonwealth Caribbean Bar Associations*. Sus áreas preferidas de ejercicio son el derecho anti-corrupción y el seguimiento de activos y recuperación. Es autor de numerosas publicaciones y profesor de derecho.

6. Tim Soutar

Tim Soutar es vicepresidente del Comité de Acceso a la Justicia y Trabajo *Pro Bono* de la IBA y el convocador de la sesión de exhibición de la conferencia de la IBA sobre Derecho y Pobreza. Tim dictó clases de Jurisprudencia en *St. Catherine's College*, Oxford, antes de unirse a *Coward Chance*. Se convirtió en socio en *Clifford Chance* en 1988, ejerciendo en su equipo de energía e infraestructura hasta su jubilación en 2005. Además de vivir muchos años en Asia, terminó su carrera con el bufete como Socio Gerente para la Region del Golfo. Además de su trabajo en la IBA, es administrador de ISLP-UK, donde gerencia el programa de asistencia de su Facultad de Derecho en Tanzania.

El informe

El Grupo de Trabajo se reunió varias veces por teléfono y cara a cara en la reunión de mitad de año celebrada en La Haya. Los miembros del Grupo de Trabajo examinaron el programa de la conferencia anual de la IBA en Dublín, e identificaron aquellas sesiones que se relacionaban con su trabajo. El Presidente de la PPID se contactó con los líderes de la sesión y pidió que en sus sesiones incluyeran el PPS, y que consideraran abordar la CFG, la pobreza y el derecho.

Además, el Grupo de Trabajo inició su cooperación ejemplar con los abogados y las instituciones que representaban. El ejemplo más notable fue la colaboración con la *American Bar Association* (ABA) que, en relación con el *World Justice Project*, había publicado el libro titulado '*Global Perspectives on the Rule of Law*'. Laurel Bellows, James Silkenat, Stephen Zacks y William Hubbard ayudaron muchísimo; William Hubbard en particular, nos dirigió a ese libro, y nos aconsejó para obtener las contribuciones de otros dos ganadores del premio Nobel. Por lo tanto, el presente libro cuenta con capítulos no solo por el premio Nobel Muhammad Yunus, que formó parte del Grupo de Trabajo, sino también de Amartya Sen y James Heckman. También contiene el informe de las Sesiones de Prioridad Presidencial, un resumen del discurso inaugural de la Conferencia Anual de la IBA en Dublín, por el Laureado Joseph Stiglitz.

Cabe destacar que este libro es un primer intento de tratar a fondo los efectos posteriores de la CFG sobre la pobreza. Su objetivo es ayudar a los profesionales del derecho y quienes interpretan sus esfuerzos

con mayor decisión a transitar el camino para hacer frente a los problemas. Pero no existe una receta tan eficaz para erradicar la pobreza. Quedaron algunos problemas que, por diversas razones, no se pudieron cubrir ampliamente, o en absoluto. Sin embargo, creemos que hemos capturado un núcleo esencial de temas y enfoques, y se espera que este libro pueda ser un estímulo para la continuación de la obra de muchos otros en estos y otros campos relevantes.

Marius Job Cohen y Jan Loorbach en “La pobreza y el derecho” comentan sobre el impacto de las medidas de austeridad adoptadas en toda Europa, no solo en el empleo, las pensiones y los salarios, sino también en los valores fundamentales democráticos de los países de Europa. Aunque proporcionan perspectivas de Holanda, sus puntos de vista son de aplicación más general. Postulan que los derechos humanos son fundamentales y deben ser suprapolíticos, y no deberían ser derogados sustancialmente, con independencia de los intereses políticos involucrados o las circunstancias del momento.

En un contexto difícil, pero positivo de éxito y con ejemplos concretos, Muhammad Yunus afirma que “Los abogados nos pueden ayudar a ganar la guerra contra la pobreza”. A pesar de la CFG, a los bancos de microfinanzas basados en la confianza como el Banco Grameen de Bangladesh les siguió yendo bien. Hasta la fecha, el banco ha prestado más de \$7 mil millones a 8,4 millones de personas. Señala que, sorprendentemente, la tasa de amortización es del 98 por ciento. Se han establecido programas de microcrédito adicionales en todo el mundo. Su trabajo y participación han alentado la exploración y puesta en práctica de las microfinanzas y empresas sociales, al igual que otros mecanismos específicos para empoderar a los pobres.⁶

¿Cuál es “El rol del trabajo internacional *pro bono* de los abogados para hacer frente al impacto social de la crisis financiera global”? John Corker da una respuesta integral y estimulante a esa pregunta. Algunos estudios jurídicos y abogados particulares ya han invertido en el abordaje de cuestiones de género y otras de derechos humanos: el trabajo con las organizaciones que llevan a cabo el monitoreo en tiempo real del impacto de una crisis; la elaboración de leyes, la preparación de guías, manuales y otros materiales jurídicos; la formación y representación de los individuos o grupos. Los estudios jurídicos también han dado pasos importantes para establecer normas, por ejemplo, a través de la Declaración de Trabajo *Pro Bono* de la IBA y otras novedades. Otros estudios jurídicos ofrecen una amplia gama de trabajo legal comercial que apoya y estabiliza a las organizaciones. Listos para realizar un esfuerzo sostenido en el tiempo, los estudios jurídicos deben desarrollar fuertes lazos y trabajar en conjunto con los gobiernos de los países en vías de desarrollo, y establecer organizaciones de asistencia o caritativas, u ONG, particularmente aquellos estudios con una buena trayectoria en ese país. El trabajo podría incluir: esfuerzos coordinados de abogados de varios estudios y abogados corporativos *in-house*. Asimismo, se han elaborado estudios comparativos detallados de leyes y su implementación en varios países, los cuales sirven como una importante herramienta para la defensa de derechos.

Con el fin de aprovechar la ayuda internacional *pro bono* disponible, es importante entender la forma en que los abogados y los estudios jurídicos trabajan. Los estudios individuales tienen culturas *pro bono* muy diferentes, y sus intereses pueden cambiar a medida que estructuran el estudio o que cambia su personal clave. Vale la pena tomarse el tiempo para comprender la cultura del estudio o de identificar su enfoque hacia este trabajo a fin de encontrar un proyecto o iniciativa adecuado. Un buen punto de inicio es contar con coordinadores de trabajo *pro bono* en estudios jurídicos, intermediarios o cámaras de compensación.

Luego, el laureado del Premio Nobel Amartya Sen da una clase magistral en el razonamiento sobre “Justicia en el mundo”. Allí, explora la justicia como idea pluralista con muchas dimensiones, y no solo como un ideal monolítico. Admite que anteriormente tendían a concordar con la centralidad de la perspectiva de John Rawls, cuyo libro pionero, *A Theory of Justice*, publicado en 1971, sentó las bases para gran parte de la discusión moderna. Puede haber acuerdo sobre muchos temas centrales de justicia en el mundo mientras subsisten las diferencias y desacuerdos sobre otros.

De forma reveladora y convincente, Livingston Armytage defiende que existe un “Imperativo de realinear el estado de derecho para promover la justicia”. En cuanto a la ayuda extranjera, se critica el enfoque global de la promoción del estado de derecho en el último medio siglo. Sostiene que es urgente invertir en la reforma del sistema judicial con el fin de promover la justicia (resultados que

⁶ Nótese la formación y la actividad del Grupo de Trabajo sobre Pobreza, Empoderamiento y el Estado de Derecho, establecido en el Grupo de Acción sobre Estado de Derecho de la IBA.

son más justos y más equitativos) en lugar de centrarse principalmente en el crecimiento económico. Analizando dos grandes agencias de desarrollo, USAID y el Banco Mundial, como ejemplos de reforma judicial, defiende de manera convincente que se necesita un cambio de paradigma en los organismos de desarrollo que consideran a la justicia como un instrumento para el crecimiento económico acumulativo y que son relativamente indiferentes a las preocupaciones sobre distribución: el bienestar y la riqueza no se deslizan hacia abajo.

¿No deberían los abogados ser los arquitectos de la reforma judicial? Armytage también es muy crítico de las contribuciones limitadas e inadecuadas de los abogados a este discurso. Mientras que los académicos jurídicos han producido teorías, “su contribución parece ser marginada en el ámbito académico”. Le resulta extraño que los economistas y los politólogos hayan dominado hasta ahora la articulación del modelo teórico para la reforma judicial.

El enfoque predominante sobre la promoción del crecimiento económico acumulativo ha llevado a la iniciativa del estado de derecho hasta el borde del fracaso. Una vez desarticulada la medición del crecimiento, queda claro que la promoción del crecimiento económico no ha logrado aliviar la pobreza. Asimismo, ha tenido el efecto perverso de exacerbar la desigualdad. El ser humano –y no el Estado, el mercado o las agencias para el desarrollo– es el actor clave. La justicia en el desarrollo debería aceptar la centralidad de los derechos humanos y traer a la vida los derechos consagrados en el derecho consuetudinario, doméstico o internacional. Esta teoría del desarrollo basado en los derechos replantea la aproximación al estado de derecho en el desarrollo internacional.

En “La crisis financiera global: ¿el colapso de los derechos humanos?”, Sigrun Skogly observa críticamente que: “Lo que comenzó siendo una crisis financiera rápidamente se está convirtiendo en una crisis global de los derechos humanos”. Esta es una crisis de los derechos económicos y sociales, como el derecho a la alimentación, la salud, la vivienda y el trabajo, y la represión de la protesta social creciente amenaza los derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación y el derecho a no ser discriminado. El aumento de la xenofobia y la discriminación también amenazan el bienestar de los migrantes y las minorías.

En este contexto, y dadas las lecciones y los principios contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y otros tratados de derechos humanos, Sigrun considera las formas en que los Estados pueden equilibrar la presión de la CFG y aún cumplir con las obligaciones de derechos humanos. También advierte sobre los peligros de ignorar los efectos adversos sobre los derechos humanos de la CFG en lo que respecta a estos grupos vulnerables.

En “La viabilidad del estado benefactor”, el laureado del Premio Nobel James J Heckman postula una tipología de cuatro modelos del estado benefactor: el modelo nórdico/corporativista (Escandinavia, Finlandia y Holanda), el modelo continental (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo), el modelo mediterráneo (Italia, España, Portugal y Grecia), y el modelo anglosajón (EE.UU., Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia). Hace observaciones estadísticamente apoyadas sobre su viabilidad. Debido al actual “romance” con el modelo nórdico, mira con mayor detalle a Suecia y su introducción de incentivos al desempeño y desincentivos.

Luego de la CFG, el desempleo ha sido inaceptablemente alto en muchos países afectados. En “La crisis financiera global: Impacto sobre el trabajo y el empleo”, Diamond Ashiagbor destaca que las leyes de protección del empleo y de los sistemas de relaciones laborales establecieron o bien estados benefactores en los países industrializados o sistemas incipientes de asistencia social en los países en desarrollo que podrían haber servido para proteger a los trabajadores de algunos de los efectos más duros de la crisis, que, en cambio, han tenido que luchar para afrontar el reto de la crisis y, en algunos casos, han sido blanco visible de las medidas de austeridad. Sin embargo, importantes voces, tales como la Organización Internacional del Trabajo, los sindicatos y las organizaciones de trabajadores, y las partes de la Comisión Europea (CE), responsable de la legislación laboral y los derechos humanos, argumentan a favor de la legislación laboral y los derechos sociales como un elemento esencial de los derechos económicos y la gobernanza política, aún más necesarios en tiempos de crisis económica.

En “Respuesta a las causas subyacentes de la crisis: por qué el trabajo no debería pagar”, Shelley Marshall identifica tres etapas de la GFC: el choque inicial, los mayores déficits públicos y la deuda soberana, y la crisis del mercado de trabajo. Observa que el espacio político disponible para

responder a la tercera fase de la crisis ahora se ve limitado. El gasto público, financiado con el déficit y la flexibilización monetaria implementada simultáneamente por muchas economías avanzadas y emergentes en el comienzo de la crisis, ya no es una opción viable para todos. El gran aumento de la deuda pública y las consiguientes preocupaciones por la sostenibilidad de las finanzas públicas en algunos países han obligado a los más expuestos al aumento de las primas de riesgo de la deuda soberana a aplicar un estricto ajuste de cinturón. Las políticas de austeridad y los recortes generales en los programas de gasto público tienden a agravar los problemas en el mercado laboral. Pero, las políticas de mercado laboral con esquemas de apoyo a los ingresos tienen el potencial para generar cambios positivos en lo que respecta a la creación de trabajo.

Luego en “Crisis financiera global, responsabilidad corporativa y pobreza: Fase III del grupo de trabajo de la CFG”, Birgit Spiesshofer pone su foco sobre la RSE en la economía pos-CFG. Explica que, los estándares morales solo serán eficaces si se relacionan –por efecto de la ley, o la tecnología, o en la era de Internet, por los impactos reputacionales– con consecuencias negativas, o positivas, económicamente mensurables y con pérdidas, costos o responsabilidad, por un lado, o ventajas competitivas, traducibles en beneficios, riesgos o reducción de costos, por el otro.

En los mercados altamente competitivos y regulados, como América del Norte o la Unión Europea (UE), las expectativas con respecto a los requisitos éticos, sociales y ambientales se fijan sobre todo en las leyes, con el apoyo de una aplicación robusta. Sin embargo, en cuanto al sector bancario, la CFG reveló que el marco era inadecuado. Más allá de la maximización del beneficio y valor para los accionistas, las nuevas normas de responsabilidad empresarial deben ser cambiadas para introducir los incentivos y desincentivos necesarios para mejorar las condiciones de vida y trabajo en los países pobres y reducir el impacto medioambiental negativo de las multinacionales, mientras se da rienda suelta al potencial creativo de las empresas para desarrollar soluciones y tecnologías más sostenibles.

Ella anticipa que habrá una mayor discusión sobre la aplicación extraterritorial o los efectos de las leyes nacionales y sobre la legitimación de los ciudadanos del tercer mundo de recurrir a los tribunales del primera mundo para responsabilizar a las empresas matrices de las presuntas violaciones del medioambiente o los derechos humanos de sus filiales en los países del tercer mundo.

En “Los roles de los abogados en la dirección de la gobernanza corporativa y responsabilidad para abordar la injusticia y desigualdad social”, Bryan Horrigan da un salto gigante en la clarificación de los roles y responsabilidades multidimensionales de los abogados y las empresas que representan. Los abogados internacionales no solo están interesados en este análisis, según la opinión del autor, sino que también tienen la responsabilidad de brindar una idea de cómo el derecho puede ser relevante, tanto en lo que respecta al abordaje de los eventos, como a la manera en que pueden impactar sobre el goce de los derechos humanos. Asimismo, es importante determinar si las estructuras legales existentes pueden guiar a los responsables políticos respecto de cómo pueden cumplir con sus obligaciones relativas a los derechos humanos en tiempos de crisis. Se suele criticar a los abogados especializados en derechos humanos por estar más interesados en lograr la aprobación de estándares (mediante la adopción y entrada en vigencia de tratados de derechos humanos) que en la búsqueda de la implementación y el cumplimiento de estos estándares. En la actual CFG, es imperativo que los abogados especializados en derechos humanos cumplan con su responsabilidad de asegurar la implementación y el cumplimiento.

Hacia el final del libro, en “Algo de que enorgullecerse: la respuesta de la abogacía a la crisis social argentina”, Martín Böhmer analiza importantes cambios tectónicos y comparte puntos de vista personales sobre el acceso a la justicia en otro país: Argentina. El capítulo parte de las dos premisas de que la crisis en Argentina y la región tenía sus raíces en las atrocidades contra los derechos humanos perpetrados por los regímenes militares, y que Argentina, después de la gran reestructuración de la deuda soberana de los mediados de los años 2000, ya estaba sumergida en la solución del problema, de modo que “(1) a crisis de 2008 pasó casi desapercibida”. Como resultado de una moneda devaluada, y la mejora de los términos del intercambio, las sucesivas presidencias entre el matrimonio Kirchner estaban aisladas de los mercados financieros internacionales y el control externo, así como del financiamiento de los gastos públicos por los impuestos internos y de exportación. En respuesta a los asesinatos en masa, las torturas y los secuestros, la sociedad civil y las familias de las víctimas fueron movilizados –especialmente las Madres de Plaza de Mayo. Entre los abogados y los jueces, la práctica

del derecho de interés público surgió, de manera consciente, e incluía aquellos que habían sido excluidos o marginados.

Informe de las sesiones de prioridad presidencial

En su discurso inaugural en la Conferencia Anual de la IBA en Dublín, el Premio Nobel Joseph Stiglitz, comentó los efectos adversos de las medidas de austeridad. Señaló que las políticas de austeridad casi nunca funcionan. Fueron probadas sin éxito por Hoover en 1929 y más recientemente por el FMI en Asia oriental y América Latina. Las políticas de austeridad convierten desaceleraciones en recesiones y las recesiones en depresiones, excepto en el caso de los pequeños países con tipos de cambio flexibles, cuyas exportaciones podrían sustituir a los gastos del gobierno. Los países grandes con socios comerciales débiles no tenían esa opción. También señaló que el crecimiento de la demanda en los mercados emergentes no era lo suficientemente fuerte para sacar a EE.UU. y Europa de la recesión.

En la Sesión de Exhibición de la PPID titulada “Abogados contra la pobreza”, que fue una sesión conjunta de la PPID y su Comité de Acceso a la Justicia y Trabajo *Pro Bono*, se hicieron muchísimas recomendaciones para reducir la pobreza a nivel global. Los abogados podrían asegurar que haya una gama adecuada de normas para apoyar el desarrollo. Podrían supervisar y evaluar la eficacia de las iniciativas de elaboración de normas. Podrían evaluar el impacto social de las actividades de rutina de la práctica que pueden no solo avanzar los intereses de los clientes, sino perjudicar a los pobres (por ejemplo, ciertas formas de protección de la propiedad intelectual). Podrían ayudar a prevenir que las elites depredadoras malversen los recursos que se deben utilizar para el desarrollo, mediante el examen de las circunstancias de adjudicación de contratos (por ejemplo, si fueron licitados, si se han pagado los impuestos correspondientes y si se realizaron con la debida diligencia) y la impugnación de transacciones sospechosas. Aunque las reglas específicas de conducta profesional varían de una jurisdicción a otra, los abogados de todo el mundo comparten el valor profesional de la responsabilidad de la implementación del estado de derecho. Esta responsabilidad trasciende el servicio al cliente y la prevención de que los clientes incurran en una conducta ilegal para abarcar un compromiso para garantizar que la ley contenga derechos sólidos, incluido el de aliviar la pobreza y asegurar el desarrollo económico. Otro componente clave es proporcionar a los desfavorecidos medios para corregir violaciones de los derechos. Actividades como la participación en la elaboración de normas, la evaluación de la eficacia y el impacto social de las leyes, y la participación en el trabajo *pro bono* son esenciales para el bienestar de un sistema legal e inherente a la función de los abogados. El Comité de Trabajo *Pro Bono* y Acceso a la Justicia de la IBA podría considerar la posibilidad de explorar vías de colaboración con A4ID,⁷ otras organizaciones similares y los colegios de abogados, para expandir tanto la totalidad de los proyectos legales para combatir la pobreza y el acceso a ellos por los miembros de la IBA.

Se cubrió una amplia gama de otras cuestiones pertinentes, que van desde temas de propiedad intelectual a la lucha contra la corrupción. También se ofrece un ensayo perspicaz por Adrian Evans en “Conexiones entre la ética de la lucha contra el lavado de dinero y la reducción de la pobreza mundial”. Concluye que el lavado de dinero tiene un impacto perjudicial sobre el aumento de la pobreza en todo el mundo. Muestra que el lavado de dinero apoya la delincuencia organizada y reduce los ingresos fiscales que, en parte, deben ser utilizados para satisfacer las necesidades de los menos favorecidos. También señala que la gestión de las ganancias lavadas debilita la integridad de los profesionales que, a sabiendas o no, facilitan el manejo de estos fondos. En el capítulo se plantean formas en las que las opiniones y el manejo por parte de los abogados de su propia ética pueden alterar sustancialmente las consecuencias del lavado de dinero.

Extendemos nuestro sincero agradecimiento a los autores, a los demás miembros del Grupo de Trabajo, los Relatores, el Comité de Dirección y el resto de personas, algunos de los cuales se indican más arriba, que colaboraron de algún modo en la finalización exitosa de este proyecto. Agradecemos a James Lewis, Tim Licence, Neil Smith, Hannah Caddick y Tom Bangay de la IBA y todas las demás personas que ayudaron en la publicación y difusión de este cuerpo de trabajo, en particular Nigel Roberts, de LexisNexis por sus puntos de vista. Agradecemos profundamente por su ayuda y

⁷ Advocates for International Development, <http://a4id.org>

cooperación al liderazgo IBA –Presidente Michael Reynolds, Ex-Presidente Akira Kawamura, Vice-Presidente David Rivkin, Secretario-General Martin Šolc – y también Gabrielle Williamson, Stephen Macliver y el Consejo de la PPID (ahora el Grupo de Coordinación de la PPID), también ha Sylvia Khatcherian, Hendrik Haag, Michael Greene, Almudena Arpón de Mendivil, Jaime Carey, Jon Grouf, Mark Ellis, Tim Hughes y otros miembros del Consejo Directo de la IBA. Agradecemos especialmente a Elaine Owen, Ronnie Hart, Jenny Clugston, Robyn Wheatley y otro personal de la IBA que asistió en este proyecto.

Fue un increíble esfuerzo de equipo; y creemos que este esfuerzo se ve reflejado en este libro extraordinario y de alta calidad.

Peter Maynard

Neil Gold

Capítulo 1

La Pobreza y el Derecho*

Jan Loorbach¹ y Marius Job Cohen²

Existen principios de gobernanza que deben tratarse como premisas indiscutibles respecto de la forma en la que se lidera una sociedad en un estado moderno, organizado de forma democrática.

El primer principio es el estado de derecho: se implementa un sistema jurídico y todos los miembros de la sociedad deben respetar las normas producidas por ese sistema, y someterse a ellas. Esto engloba no solo los ciudadanos individuales, incluidos los reyes y cardenales, sino también la institución del estado, incluidos los poderes legislativos y ejecutivos. En el marco del presente capítulo, solo mencionamos al pasar el problema teórico del poder legislativo que resulta necesario para que éste pueda combinar el cumplimiento de las normas existentes con la tarea y responsabilidad de agregar, cambiar y revocar normas.

A fin de asegurar el cumplimiento de las normas por parte de instituciones gubernamentales y de otro tipo, se ha desarrollado gradualmente un sutil sistema de frenos y contrapesos. Asimismo, a fin de asegurar que estos delicados elementos se mantengan en un estado democrático moderno, debe haber conciencia cívica acerca de lo frágil que es el sometimiento de la sociedad entera al estado de derecho y lo igualmente frágiles que son los sistemas de control con respecto a todos los actores responsables.

Existe un segundo principio de autoridad absoluta y equivalente que debe respetarse tanto como el estado de derecho y considerarse como “supra-político” por cualquier movimiento político democrático. Se trata del principio que podría denominarse “el estado de derechos humanos fundamentales”. Mientras que el estado de derecho es evidentemente necesario para cualquier sistema jurídico con integridad, el estado de derechos humanos fundamentales es un requisito de civilidad en el reconocimiento del estado de derecho y en su sometimiento al requisito del respeto por los derechos humanos fundamentales: no se tolerarán normas crueles ni injustas. En efecto, las concepciones modernas del estado de derecho han evolucionado en esta dirección.

Los derechos humanos fundamentales clásicos son: libertad de expresión; libertad de religión; libertad de reunión; y el derecho a la vida. Los derechos del conjunto siguiente se denominan derechos humanos sociales. Son derechos corolarios a los derechos humanos fundamentales, especialmente el derecho a la vida, incluido el derecho a la alimentación, a la vestimenta y vivienda; al igual que lo son los derechos a la educación, y a los medios y la oportunidad de ganarse la vida.

Por último, el derecho a un juicio imparcial también debe incluirse en esta segunda categoría inviolable, e incluso como corolario del derecho a la vida. En consecuencia, el derecho de acceso a la justicia ha sido anclado, con razón, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este acceso requiere no solo de leyes adecuadas, sino también de un sistema que garantice la seguridad del estado de derecho mediante la aplicación, igualmente adecuada, de dichas normas en cualquier caso individual y análogo. Este objetivo solo puede lograrse mediante: un poder judicial bien organizado, adecuadamente capacitado, con suficientes facultades y personal; disponibilidad de abogados competentes e independientes; y medios de reconocimiento y ejecución para que los individuos puedan cosechar los frutos de este sistema.

* Este artículo se elaboró y presentó en agosto de 2012.

1 Ex presidente, Dutch Bar Association.

2 Ex intendente de Amsterdam; ex líder, Dutch Labour Party.

Todas las normas deben ser compatibles con estos derechos humanos fundamentales. El legislador, respetando las instrucciones impuestas por el estado de derecho y el estado de derechos humanos fundamentales relacionados con él, deben abstenerse de promover legislaciones que contraríen estos imperiosos principios supra-políticos.

La crisis financiera global (en adelante, “CFG”) impuso sobre los estados un fuerte peso y un nuevo tipo de responsabilidad, que les exige buscar soluciones con nuevos métodos.

La disciplina moral y ética que asegura una reverencia a los derechos humanos fundamentales, sin importar qué cambio social se haga para peor, debe prevenir que los poderes ejecutivos y legislativos permitan la erosión de estos valores absolutos. En el área de derechos humanos sociales, donde lo que está en juego es la disminución de las normas vigentes de protección, surge la necesidad de abordar escrupulosamente por qué y cómo se introducen varias medidas económicas y qué justifica el sometimiento de estos derechos humanos fundamentales a nuevas restricciones económicas.

Por supuesto que los estados tienen la libertad de reconsiderar cualquier legislación que haga referencia a los derechos humanos que identificamos arriba. Esta reconsideración podría desembocar en el empeoramiento de la posición de los individuos respecto a la vivienda, el trabajo, la seguridad en los ingresos, la educación y el acceso a la justicia. Pero este empeoramiento no es por definición una vulneración legislativa de los derechos humanos fundamentales. Solo se convierte en una vulneración si se remueve la “capa inviolable” que cubre los derechos humanos básicos e inalienables junto con una parte misma de su fundamento, es decir, el núcleo mismo de estos derechos. De hecho, qué es libre y qué es fundamental será sujeto a debate y discusión. Con términos como “capa inviolable”, intentamos conceptualizar una primera capa que es inviolable, a la que de ninguna manera pueden tocar los poderes ejecutivos ni legislativos; por encima de esa capa, hay otra más flexible relacionada con las condiciones humanas, pero que puede ser definida libremente según las perspectivas gubernamentales o políticas.

Procederemos a describir cómo la CFG influyó sobre la sociedad, particularmente Holanda, que fue el país al que más detenidamente observamos.

Al igual que en otros países, están en riesgo varias instituciones que abogan por los derechos humanos. Por ejemplo, los programas de austeridad disminuyeron los ingresos de la ciudadanía y los servicios disponibles para aquellas personas que no pueden cuidar de sí mismas. Los programas educativos cuentan con menos financiamiento y los estudiantes tienen menos oportunidades de completar sus estudios o, de poder seguir estudiando, lo hacen a un precio apenas accesible. Se retiren los subsidios para programas culturales y los programas destinados a mejorar el medio ambiente reciben menos recursos. Sin un medio ambiente bien cuidado, se socava el derecho humano a la salud.

Asimismo, si se disminuyen los derechos de pensión, las condiciones de las personas ancianas, quienes dependen en gran medida de una pensión a la que creían tener derecho, se ven seriamente afectadas. Si se debilitan los derechos de trabajo y empleo por la remoción de sistemas de protección que hacen más fácil para los empleadores despedir empleados con largos periodos de servicio, las personas quedan a la deriva. Para las personas ancianas cuyas posibilidades de empleo se ven limitadas debido a su edad, estas circunstancias pueden resultar particularmente problemáticas.

Muchas veces los políticos creen que es necesario actuar con celeridad y mostrar fuerza sin vacilación. Tomemos, por ejemplo, la cuestión del derecho a pensión en Holanda: en pocos meses el parlamento decidió que, a partir de 2014, el derecho a una pensión estatal, el cual es un importante medio de sustento para la mayoría de los jubilados, sería retrazado: un mes en 2014, dos meses en 2015, y así sucesivamente. Si bien la erosión de la pensión es mínima al principio, más tarde es sustancial; y muchas personas carecen de cualquier otro medio de sustento. Nosotros argumentamos que en casos como este, dado que estas medidas rozan los derechos humanos sociales, la justificación y el momento de estas medidas constituyen cuestiones importantes con responsabilidades políticas subyacentes significativas. La justificación para la reducción de los derechos individuales y el momento de tales medidas debería satisfacer los más altos estándares y criterios más exigentes.

Al mismo tiempo, somos conscientes de que en otros países, como Grecia, España e Irlanda, donde la carga financiera es mucho mayor que en Holanda, las medidas de este tipo pueden tener un impacto mucho más dramático sobre la vida de muchas personas.

¿Esto significa que los derechos humanos sociales están en peligro?

Anteriormente definimos los derechos humanos sociales como de naturaleza supra-política. Al adoptar esta postura, nuestro objetivo era retirar a este tipo de medidas económicas del espectro político: los derechos humanos tienen una jerarquía mayor que las posiciones políticas. En otras palabras, más allá de nuestras creencias políticas, debemos preservar los derechos humanos. Un derecho humano supra-político es inviolable y no debe variarse, sin importar el interés político en cuestión.

Sin embargo, aún con esto en mente, consideramos que, si bien muchas de estas medidas de austeridad son duras, en especial para aquellos que se ven afectados negativamente por ellas, el núcleo de los derechos humanos fundamentales no está directamente en juego. Por lo menos en Holanda, todos podrán seguir recibiendo alimentos, vestimenta, vivienda y educación, aunque no tan bien como antes. No obstante, las crecientes diferencias y brechas entre ricos y pobres, que para algunos es un curso que no debería tomar la sociedad, es para muchos una cuestión político-económica que carece de carácter supra-político y, por lo tanto, excede el ámbito de los derechos humanos.

En tiempos de crisis financiera, aquellos con responsabilidades estatales buscan medidas que les permitan gobernar de forma más eficiente. Por supuesto, los políticos también lo ven desde esta perspectiva: que las medidas sean más eficientes y económicas, mientras llegan a resultados iguales o mejores. Muchas medidas de este tipo son sensatas, pero otras necesitan ser reevaluadas: cuando se sacrifican principios morales en nombre de la eficiencia, se ponen en riesgo los valores básicos de nuestra sociedad. Entonces, corremos el peligro de perder el delicado equilibrio que constituye el fundamento mismo del estado de derecho, del estado de derechos fundamentales y de una sociedad que protege a sus ciudadanos con un mínimo grado de civilización.

Limitar el acceso a la justicia de una parte importante de la sociedad incrementando las tasas de justicia a punto tal que resulta inaccesible para muchos individuos es un sacrificio inaceptable. Sin embargo, ésta fue una idea propuesta por el Estado holandés. La propuesta fracasó por la fuerte oposición proveniente tanto desde adentro de la arena política como fuera de ella.

Otro ejemplo de esto es el plan irlandés de economizar en el sistema judicial sometiendo la profesión de la abogacía a control estatal directo.

Una propuesta de enmienda de la ley que regula la profesión de la abogacía en Holanda también vulnera la garantía de la ciudadanía de disfrutar el apoyo independiente y confidencial de un abogado. Uno podría cuestionar si esto es realmente el resultado directo de un deseo de reducir costos. Lo mismo se puede decir sobre iniciativas que optimizan la eficiencia de varias partes del sistema judicial: los ejemplos incluyen procesos penales donde se logran acuerdos entre el fiscal y el acusado sin ningún tipo de revisión judicial y sistemas selectivos para renunciar a la apelación y el acceso a la Corte Constitucional. Estas iniciativas claramente tienen más probabilidad de convertirse en ley en momentos de peligro económico que en momentos buenos.

Arriba mencionamos que las medidas que se tomaron en Holanda son menos dramáticas que las que se tomaron en otros países. Grecia es el ejemplo más saliente de un país de la UE que ha tomado medidas drásticas. Los salarios, las pensiones y los derechos de empleo han sido reducidos de forma significativa y fundamental. Más allá de su color político, muchas de estas medidas le fueron impuestas al estado griego y resultaron obligatorias en virtud de la “*troika*”: la UE, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional (FMI) – las mismas instituciones que asesoran a los países de la UE acerca de si brindar o no apoyo crediticio. Si el estado no acepta ni implementa estas medidas, Grecia no puede permanecer dentro de la Unión Europea. De hecho, estas medidas no se proponen ni son aprobadas por un gobierno o parlamento elegido de forma democrática. Son, como dijimos, impuestas al país por organizaciones internacionales que nada tienen de democráticas. Aquí vemos cómo la CFG impacta incluso sobre los elementos centrales de los países democráticos.

Queda un último tópico para discutir, que aparentemente no guarda relación directa con la CFG. Cuando escasean los recursos, se enfatizan las diferencias entre las personas. Suele aumentar la discriminación y la represión. Así, en Holanda, algunos partidos políticos han presentado propuestas para limitar, por ejemplo, la libertad de religión de los musulmanes mediante la tributación del uso de velos; prohibiciones contra el Corán; prohibiciones contra la construcción de mesquitas dentro de la ciudad; y otras. No se proponen medidas de este tipo contra personas que practican otras religiones. Son desiguales e injustas, vulneran los principios fundamentales y provienen de los miedos que nacen

a partir de las crecientes presiones económicas que surgen del incumplimiento en la ejecución de derechos humanos fundamentales durante una crisis financiera, o luego de ella.

Los abogados y las organizaciones políticas deberían prestar atención y desarrollar una opinión bien ponderada acerca de la compatibilidad de la legislación propuesta con los valores principales que hemos descrito. Esto es aún más necesario en los países que carecen de una corte constitucional, como es el caso de Holanda.

Capítulo 2

Los Abogados nos Pueden Ayudar a Ganar la Guerra Contra la Pobreza*

Profesor Muhammad Yunus¹

Este es el momento adecuado para discutir seriamente cómo el derecho y los abogados pueden habilitar a las personas pobres de todo el mundo a ayudarse a sí mismas. Desde 2008, los bancos altamente regulados del mundo desarrollado –entre los que notablemente se destacan bancos de EE. UU.– enfrentan dificultades para fijar precios y comercializar valores respaldados por hipotecas complejas. Sin embargo, al mismo tiempo, los bancos microfinancieros basados en la confianza, como el Banco Grameen, de Bangladesh continúan prosperando, y no se ven afectados por la incertidumbre financiera que afecta al resto del mundo.

El Banco Grameen: la historia de un banco basado en la confianza

El Banco Grameen otorga préstamos mediante acuerdos financieros muy simples basados en la confianza. No se requieren documentos legales, en parte porque los prestatarios son pobres y no tienen garantías. Por lo tanto, Grameen se apoya en la confianza y los incentivos positivos del acceso continuado al crédito y otras formas de apoyo para asegurar la amortización del préstamo. Las tasas de amortización de Grameen han superado un promedio del 98%. Debido a que los préstamos de Grameen no se apoyan en documentos legales, sino en la confianza y los incentivos positivos, Grameen jamás ha recurrido al uso de abogados ni tribunales para el cobro de sus préstamos. Desde su fundación, este banco ha prestado más de \$7 mil millones de dólares estadounidenses a 8,4 millones de personas. La tasa de amortización es del 98%, y actualmente existen programas de microcrédito en todo el mundo.

Cuando un prestatario necesita un préstamo, él o ella debe reunir un grupo de cinco personas o unirse a un grupo existente de prestatarios en su barrio y aceptar encontrarse con el grupo una vez por semana. Cada préstamo se destina a un individuo del grupo y ese individuo es quien es responsable del préstamo, pero los demás miembros del grupo no pueden acceder a su próximo préstamo si algún miembro del grupo se atraza en sus pagos.

Los prestatarios también tienen la obligación de mantener un plan de ahorros regular; y, en la actualidad, los prestatarios del banco y sus vecinos no prestatarios cuentan con US\$150 en préstamos por cada US\$100 en préstamos pendientes. Hoy en día, los depósitos de ahorro de los pobres financian al Banco Grameen. Las tasas de interés de Grameen por préstamos y ahorros se encuentran claramente

* Este artículo está basado en: Muhammad Yunus, 'How Legal Steps Can Help to Pave the Way to Ending Poverty' (2008) ABA Human rights Magazine Vol 35 No 1, véase: www.americanbar.org/publications/human_rights_magazine_home/human_rights_vol35_2008/human_rights_winter2008/hr_winter08_yunus.html consultado el 16 de octubre de 2012.

¹ Profesor Muhammad Yunus, Grameen Bank

disponibles en www.grameen.com. Todos los préstamos se destinan a actividades que generan ingresos, vivienda o educación, y no al consumo. La tasa de interés básica para la mayoría de los préstamos comerciales es del 20%. Además, Grameen ha otorgado más de 600.000 préstamos para vivienda al 8% y aproximadamente 20.000 préstamos para educativos al 5%.

Grameen también ha concertado préstamos para aproximadamente 100.000 personas en pobreza extrema, a quienes denomina “*struggling members*” [miembros con dificultades]. Estos préstamos no acarrear intereses y son otorgados sin plazos. El objetivo es alentar a estos miembros a salir de la pobreza extrema y convertirse en ahorristas y prestatarios regulares. Hasta la fecha, 10% de estos prestatarios han salido por completo de la pobreza extrema.

El Banco Grameen es propiedad de sus prestatarios en un 96%, y el 97% de estos prestatarios son mujeres. Nueve de sus 12 directores son mujeres.

Sus banqueros se trasladan, en bicicleta o motocicleta, hasta la vecindad de sus prestatarios para las reuniones semanales. Por lo general, todas las semanas se reúnen cerca de diez grupos de cinco prestatarios (un total de 60 prestatarios individuales) durante aproximadamente una hora para pagar sus préstamos actuales, recibir nuevos préstamos e intercambiar ideas de forma abierta y transparente frente al grupo entero de sus compañeros prestatarios. Este enfoque resulta práctico también porque los prestatarios de Grameen, por lo general, no saben leer los estados financieros.

Los prestatarios del Banco Grameen han elaborado algunas reglas propias. Estas se conocen como las Dieciséis Decisiones y muchas de ellas se relacionan con la salud de la familia y el cuidado y la educación de los hijos de los prestatarios.

Conectando a personas, al banco y al capital social

En vistas a la incertidumbre financiera general en el mundo, uno se pregunta cuánto han ayudado realmente los contratos legales complejos a los prestatarios de alto riesgo o los prestamistas que actualmente están atravesando dificultades. ¿Cuán útiles son estos contratos si, a fin de cuentas, las transacciones no se basan en la confianza entre los banqueros y los prestatarios que se conocen mutuamente? En el 50% de las actuales ejecuciones hipotecarias de viviendas en Estados Unidos, no existe comunicación directa entre el prestatario y el prestamista. Los banqueros y prestatarios de Grameen se encuentran y se ven a los ojos cada semana durante las reuniones grupales.

También cabe preguntarse cuán exitosas son estas órdenes de ejecución si están perdidas en un enorme pilón de documentos tan largos y complejos que nadie, ni los mismos banqueros, parecen comprender del todo las implicancias de los ajustes de las tasas de interés contenidas en estos documentos. Muchísimas de las hipotecas más complejas y de los valores basados en hipotecas están pendientes o fracasan en Estados Unidos. Pero los préstamos sencillos, sin garantías, y basados en la confianza de Grameen parecen tener éxito.

En 1977, se generó una situación similar cuando el microfinanciamiento continuó creciendo de forma estable a pesar de la inestabilidad financiera que acompañó la crisis monetaria asiática. Las microeconomías en muchos países asiáticos disminuyeron abruptamente cuando estalló la burbuja de los préstamos especulativos, pero las organizaciones de micro-financiamiento de esos países siguieron prosperando. Durante una crisis financiera, las organizaciones de microfinanza pueden ser una isla de estabilidad.

Lo que hace que el modelo ascendente basado en la confianza de Grameen resulte tan valioso es que construye capital humano, familiar y social ayudando a los pobres (particularmente a las mujeres) a ayudarse entre sí de un modo voluntario y serio que fortalece el respeto y la auto-estima. Grameen ha aprendido que los pobres pueden cuidar de sí mismos, y pueden apoyarse mutuamente para hacer importantes contribuciones a la sociedad. El conocimiento, la experiencia, la confianza, el orgullo y el respeto por sí mismo que surge de esta dinámica se ha convertido en la base sobre la cual Grameen ha construido exitosamente su programa de préstamos.

El rol del abogado: pobreza no significa igualdad

Los abogados pueden hacer un aporte vital para ayudar y alentar a las personas con menores ingresos a cuidar de sí mismas en EE. UU. y el mundo. Las necesidades son universales, pero el derecho varía

según el país; tal vez, entonces, los abogados pueden formar grupos en cada país para desarrollar y rever las leyes que ayudan a los pobres a ayudarse a sí mismos. Tal vez se puede formar un grupo de abogados para cada uno, o con objetivos similares, en cada país en donde se necesitan estos tipos de cambios. A continuación, se presentan algunas áreas en las cuales centrarse:

1. *Leyes más simples para los programas de microfinanzas.* En todo el mundo se necesitan leyes más simples para que los programas de microfinanzas puedan recibir depósitos de ahorro y volver a prestar ese dinero. Las regulaciones correctas permitirían a las organizaciones de microfinanzas crecer a través de depósitos de ahorro. El crecimiento de los préstamos a través de depósitos de ahorro sería el paso más importante en la expansión global de las microfinanzas. En EE. UU., las regulaciones de las cooperativas de crédito pueden funcionar para las organizaciones de microfinanzas, y Grameen America está considerando esa opción. La mejor opción sería crear una nueva ley con el fin exclusivo de establecer bancos de microfinanzas para las personas de bajos ingresos y beneficiarios de asistencia social.
2. *Las leyes se concentran en los prestatarios individuales.* En EE. UU. en particular, los prestatarios de bajos ingresos encuentran que fundar y administrar un microemprendimiento puede ser difícil debido a que las leyes y regulaciones están diseñadas para los emprendimientos más grandes o que simplemente no son esenciales. Por ejemplo, en el estado de Louisiana, una persona no puede vender ni disponer de más de una variedad de flores por florero para la reventa sin tomar un examen para obtener una licencia del estado. Esta regulación desalienta a los nuevos emprendedores, reduce la competencia y mantiene alto el costo de los arreglos florales. Las licencias podrían ser voluntarias y opcionales, permitiéndole al consumidor del arreglo floral decidir si prefiere que sus arreglos florales sean hechos por un comerciante licenciado o no.
3. *Permisos de exención para los pobres.* Las personas muy pobres deberían tener derecho a una suerte de permiso de exención que les permita cuidarse a sí mismas a través de oportunidades de empleo autónomo sin interferencia, o con una interferencia muy mínima, de leyes que no fueron diseñadas con ellos en mente. Ese permiso les daría derecho a las personas muy pobres a hacer todo lo necesario para buscar ganarse su propio sustento legal, y ninguna ley debería poder interferir con esa iniciativa. El libre comercio y las zonas especiales de la empresa son comunes. Trabajemos para darle a los pobres los derechos individuales necesarios para operar en un área legal libre de interferencias para poder ganarse la vida.
4. *Leyes de asistencia social y cobertura médica diseñadas para promover la independencia.* Las leyes de asistencia social y cobertura médica suelen restringir demasiado las posibilidades de ahorro o ingresos de las personas de bajos ingresos. Estas leyes deberían ser diseñadas para ayudar a las personas a ganar auto-confianza mientras cuidan de sí mismas mediante actividades productoras de ingresos. Sin embargo, las leyes de asistencia social parecen haber sido diseñadas para mantener a las personas dependientes de la asistencia social mucho más de lo necesario. Se deben instaurar cambios creativos en las políticas para ayudar a las personas a ayudarse a sí mismas y para reducir su dependencia de los subsidios de forma gradual y no en una sola vez.
5. *Leyes más simples para los pobres.* Las leyes que afectan a las personas de bajos ingresos deben ser lo más simples posibles para motivar a estas personas a tomar los pasos necesarios para ayudarse a sí mismas.
6. *Programas de préstamos no gubernamentales.* Los estados deberían generar un ambiente propicio para los programas de microcréditos, sin involucrarse directamente en el préstamo de dinero a las personas pobres. Es extremadamente difícil para una entidad política recuperar el dinero que le presta a las personas pobres. Algunas personas ven al Estado como una agencia con obligación de cuidarlas. Por lo tanto, la importante disciplina que se desarrolla al devolver el préstamo se pierde en los programas gubernamentales. Los políticos, por necesidad, se focalizan más en el otorgamiento de préstamos y la captación de votos que en asegurar la amortización de los préstamos. Por todos estos motivos, los programas de préstamos deben desempeñarse en el sector privado, no gubernamental y de empresa social.
7. *Las leyes tributarias deben promover la empresa social.* Las empresas sociales son diseñadas con el fin exclusivo de maximizar los beneficios al consumidor, más que con el fin de maximizar las ganancias. Las empresas sociales satisfacen las necesidades sociales de forma profesional. Tal empresa es

sustentable y genera ganancias, y, con el tiempo, el inversionista recupera el capital invertido. Las ganancias en una empresa social son reinvertidas en su totalidad para expandir la empresa social o crear empresas sociales nuevas. Un dólar donado en caridad solo puede usarse una vez, pero un dólar invertido en una empresa social puede reciclarse indefinidamente. Las leyes tributarias actuales ofrecen beneficios tributarios a las organizaciones caritativas. Se necesitan nuevas leyes tributarias que le otorguen a las empresas sociales al menos los mismos beneficios con los que cuentan las organizaciones caritativas.

8. *Sistemas más simples para el otorgamiento de visas, inmigración y pasaportes.* Los sistemas actuales de otorgamiento de visas, inmigración y pasaportes en el mundo son una gran fuente de frustración y desperdicio de tiempo y recursos. Muchísimos países desean que alguno de los 27.000 empleados experimentados en microfinanzas de Grameen viajen a sus países y creen programas, pero esos mismos países tienen procedimientos de otorgamiento de visas complicados y costosos. Los hijos de países desarrollados desean viajar a Bangladesh para estudiar microfinanzas. Los hijos de prestatarios pobres de Bangladesh desean viajar y estudiar en instituciones internacionales. Los programas simples permitirían a las personas viajar con mayor facilidad y compartir lo que saben. El objetivo sería que las personas pudieran viajar libremente por el mundo, sin pasaportes ni visas.
9. *Tarifas y barreras comerciales que favorezcan a las personas menos poderosas.* Las tarifas y barreras comerciales parecen favorecer más a las personas poderosas que a las personas menos poderosas. Bangladesh, un país relativamente pobre, tiene que pagar una de las tarifas más altas sobre los textiles que importa hacia EE. UU. El objetivo debería ser el de ayudar a los países pobres a comerciar más con los países ricos, en vez de fomentar que los países pobres dependan de la ayuda internacional.

El cambio radica en creer e invertir en las personas y su capacidad de cambiar sus propias vidas. Todas las personas, incluidas las personas pobres, tienen una enorme capacidad de ayudarse a sí mismas. A pesar de las apariencias, en lo más profundo de cada persona subyace un tesoro de iniciativas y creatividad en potencia, esperando ser descubierto y así poder cambiar su vida para mejor. Si vemos a cada persona pobre desde esta perspectiva, podremos encontrar infinitas posibilidades para el mundo. Las personas pobres siguen siendo vulnerables por tener un acceso menor, o incluso inexistente, a la información y la justicia cuando sufren algún tipo de maltrato. No podemos permitir que esto siga sucediendo. Aquí es donde el derecho debe escuchar y trabajar con las personas pobres para asegurar que sean bien tratadas y que puedan vivir vidas mejores, como todos los demás.

Capítulo 3

El rol del Trabajo Internacional Pro Bono de los Abogados Para Hacer Frente al Impacto Social de la Crisis Financiera Global

John Corker¹

Antecedentes

La tarea del Grupo de Trabajo de la División de Interés Profesional y Público (PPID, por sus siglas en inglés) de la IBA para la Crisis Financiera Global, Derecho y Pobreza (en adelante, el «Grupo de Trabajo») es examinar el posible rol de los abogados «luego de la crisis financiera internacional», en particular en lo que respecta al impacto social de la crisis.

El grupo de trabajo está examinando el impacto de la CFG. Luego de la CFG, han surgido nuevas garantías financieras y reglas actualmente vigentes. Han emergido nuevos problemas sociales que impactan a nivel global y afectan las vidas de las personas, especialmente aquellas provenientes de países más pobres.

Los ejemplos de disposiciones reglamentarias pertinentes podrían incluir leyes relativas a la distribución de alimentos, la adquisición de terrenos, la implementación de garantías financieras, los programas de austeridad y el impacto del conflicto. El grupo de trabajo está elaborando un informe sobre el rol que deberían o podrían desempeñar los abogados en este nuevo entorno y brindar respuestas positivas, al igual que mejoras y cambios en el derecho, que se podrían promover desde la abogacía.

Este artículo traza el desarrollo del movimiento internacional de trabajo legal *pro bono*, la forma en la que funciona y algunas de sus agencias clave. Analiza una muestra de 100 proyectos internacionales de trabajo *pro bono* actuales o recientes para identificar tendencias y extraer conclusiones sobre la forma en la que el movimiento internacional de trabajo *pro bono* funciona y el contexto del impacto social de la CFG en los países en vías de desarrollo.

Historia/desarrollo

El uso del término *pro bono* proviene de la frase en Latín *pro bono publico*, que significa para el bien público. Por lo general, se refiere a la provisión de servicios legales de forma gratuita o con honorarios muy reducidos. Cada vez más, la frase se está usando en otras profesiones.

El trabajo legal *pro bono* ha experimentado una profunda transformación en los últimos 25 años.

¹ John Corker, Director del National Pro bono Resource Centre de Australia, University of New South Wales Law School, Sidney, Australia.

En su mayor parte, el trabajo *pro bono* ha sido *ad hoc* e individual, y dispensado informalmente como trabajo caritativo; pero está cada vez más coordinado y estructurado, particularmente dentro de los estudios jurídicos grandes. La base fundamental del trabajo *pro bono* es que los abogados privados actúan en función de un deber profesional ético de mejorar el acceso a la justicia.

La institucionalización del trabajo *pro bono* ha dependido en forma notable del crecimiento de los estudios jurídicos grandes y orientados principalmente a corporaciones. Si bien los estudios jurídicos de menor escala son actores importantes en el sistema *pro bono*, han sido los estudios jurídicos grandes los que han brindado recursos y prestigio a la promoción del trabajo *pro bono* como meta profesional central. Además, debido a que los estudios jurídicos grandes cuentan con un alto grado de apalancamiento, por lo general, pueden absorber los costos asociados al trabajo *pro bono* con más facilidad que los estudios más pequeños. Los estudios grandes desempeñan una función de liderazgo en el ámbito del trabajo *pro bono*.

Por otra parte, tal vez debido a la mayor concentración a nivel internacional en los derechos humanos y las políticas públicas, y al movimiento del estado de derecho, cada vez más abogados litigan de forma *pro bono* en las cortes y tribunales internacionales y en los tribunales de apelación de países extranjeros, en especial en casos de «interés público». Esto incluye abogados australianos en casos que involucraban ciudadanos australianos que enfrentaban la pena de muerte en países extranjeros o abogados que litigaban cuestiones de derecho constitucional ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Los abogados que practican el derecho de forma liberal también han proporcionado importante asesoramiento jurídico oral y escrito como parte de programas y proyectos *pro bono*. Los abogados ingleses y australianos, entre otros, son autónomos, por lo tanto, cuando trabajan de forma *pro bono* deben afrontar los ellos mismos los costos asociados y de oportunidad, a diferencia de los abogados de estudios jurídicos, quienes continúan percibiendo ingresos por parte del estudio.

Desde mediados del año 2000, se ha visto una tendencia hacia la internacionalización del trabajo legal *pro bono*, en particular desde EE. UU. y el Reino Unido. Esta tendencia se está extendiendo a otros países, como Australia, donde una gran cantidad de estudios grandes se han unido recientemente a estudios internacionales.

«En cantidades pequeñas pero incrementales, los estudios jurídicos privados han comenzado a adoptar proyectos *pro bono* de importancia global, por ejemplo, ayudando a los gobiernos y la sociedad civil de los países posconflicto a lidiar, sobre un piso de igualdad, con inversores extranjeros o trabajando con cortes penales internacionales para llevar a cabo los procesos penales por crímenes de guerra. Esta evolución de la comunidad jurídica se relaciona con los cambios en el alcance y la ambición de las iniciativas de «responsabilidad corporativa» de muchas corporaciones multinacionales que son clientes de los estudios jurídicos que lideran la internacionalización de los servicios de trabajo *pro bono*.²

La creciente globalización de los estudios jurídicos ha sido un factor clave de esta tendencia. Los estudios estadounidenses que abrieron oficinas en Londres luego del 2000 trajeron consigo una fuerte cultura de trabajo *pro bono*. En el 2007 se dijo que:

«El concepto de trabajo internacional *pro bono* nació en EE. UU. cuando la American Bar Association creó la Iniciativa de Derecho de Europa Central y Oriental en 1990 para brindar asistencia a los países ex comunistas. Desde entonces, numerosas organizaciones –tales como: Solicitors International Human Rights Group, LawWorks e IBA– han reunido abogados que ejercen la profesión de forma liberal o en estudios jurídicos para donar su tiempo e iniciativa al trabajo internacional *pro bono*.³

Los estudios jurídicos grandes se han focalizado cada vez más en el trabajo destinado a grandes clientes corporativos que operan en varios países. La internacionalización del trabajo *pro bono* ha seguido esta tendencia en la práctica general. Algunos estudios jurídicos han buscado hacer trabajo *pro bono* que coincide con las habilidades jurídicas de sus abogados, por ejemplo, en proyectos *pro bono* que requieren conocimientos en áreas de transacciones y contratos transfronterizos, negociaciones de *joint venture*, asesoramiento en reestructuración corporativa y contratos de comercio internacional.

2 Maya Steinitz, 'Internationalized Pro bono and a New Global Role of Lawyers in the 21st Century: Lessons from Nation Building in Southern Sudan' (2000) 12 Yale Human Rights and Development Law Journal 205.

3 The Law Society (UK), 'A helping hand' (2 de agosto de 2007), The Law Gazette www.lawgazette.co.uk/features/a-helping-hand-1 consultado el 1 de octubre el 2012.

Otros han elegido temas de derechos humanos, como la trata o la pobreza. Cada estudio, organización de intermediación o iniciativa tendrá áreas particulares en las que focalizará su trabajo *pro bono*, ya sea geográficamente o por área de necesidad social o jurídica, o una combinación de factores.

Esta tendencia ha estado en marcha desde el año 2000:

‘En los últimos años, las corporaciones han encarado proyectos cada vez más ambiciosos en áreas que antes se consideraban exclusivas del sector privado, sentando las bases para... [que] los estudios jurídicos internacionales ingresen a... la esfera pública local de las sociedades posconflicto y países en vías de desarrollo. Cabe destacar que ambas tendencias convergentes no solo son parte de la globalización en general, sino específicamente de la erosión de la distinción entre las esferas privadas y públicas en las relaciones internacionales’.⁴

Por lo tanto, el trabajo *pro bono* internacional es, en términos generales, considerado trabajo legal focalizado en la satisfacción de necesidades legales afuera del país en donde tienen sus oficinas los estudios. Esto sigue implicando que una gran parte del trabajo legal se lleva a cabo en el país en el que está situado el abogado, ya que el trabajo legal para organizaciones focalizadas en programas para países en vías de desarrollo suele hacerse desde el mismo país en que se encuentra el abogado que realiza el trabajo.

El entusiasmo por el trabajo *pro bono* y su desarrollo suele ser impulsado por la necesidad de asistencia legal que surge a partir de desastres o emergencias. En mayo de 2005, luego del tsunami asiático de 2004, Oxfam y otras organizaciones caritativas iniciaron el proyecto ‘1000 City Lawyers’ [1000 Abogados de la Ciudad] en Londres, cuyo objetivo fue reclutar a 1000 abogados de la Ciudad de Londres para firmar la declaración ‘Make Poverty History’ [Hacer que la pobreza pase a la historia] y tomar acción legal para ayudar a reconstruir las comunidades afectadas. Los abogados consideraron las implicancias y consecuencias de la deuda, los tratados de comercio internacional y asistencia en el mundo en vías de desarrollo, al igual que se su impacto a largo plazo sobre las comunidades. En parte, su respuesta se basó en la defensa en juicios por ‘fondos buitres’ para el pago de la deuda, y en la evaluación de estudios de caso de tribunales que se negaron a ejecutar deudas incurridas por dictadores –deuda odiosa y *ultra vires*.⁵

En 2006, esta iniciativa desembocó en la creación de la *Advocates for International Development* (A4ID, por sus siglas en inglés), una organización caritativa con sede en el Reino Unido que fue creada para coordinar los esfuerzos de los estudios jurídicos para ayudar a hacer avanzar los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU acordados por los líderes mundiales en la Cumbre del Milenio de la ONU del año 2000. Los ocho objetivos de desarrollo del milenio son:

- erradicar la pobreza extrema y el hambre;
- lograr la enseñanza primaria universal;
- promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer;
- reducir la mortalidad infantil;
- mejorar la salud materna;
- combatir el VIH/SIDA, paludismo y otras enfermedades;
- garantizar la sostenibilidad del medio ambiente;
- fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

El trabajo de A4ID se focaliza en tres áreas: el trabajo *pro bono* internacional, la educación y la sensibilización. El trabajo internacional *pro bono* cuenta con una función de intermediación internacional y un programa para nuevos abogados que coloca a los abogados júnior en los países en vías de desarrollo durante su periodo de licencia de cualificación. A4ID opera a través de muchos asociados para el desarrollo que incluyen ONG locales e internacionales, organizaciones intergubernamentales, empresas sociales, colegios de abogados, sociedades jurídicas y países en vías de desarrollo.

A4ID recibe solicitudes de asesoramiento legal y asistencia, conecta a los solicitantes con abogados

⁴ Véase *supra* nota 1.

⁵ DLA Piper, ‘1000 city lawyers make poverty history’ (17 de mayo de 2005), DLA Piper UK News <http://dlapiper.com/uk/news/detail.aspx?news=71>; Lorraine Cushnie, ‘Joss Saunders: Oxfam’ (22 de agosto de 2005) The Lawyer: www.thelawyer.com/josssaunders-oxfam/116494 consultado el 1 de octubre de 2012.

que pueden ayudar. Desde 2006, ha ofrecido 800 oportunidades de trabajo *pro bono* a abogados en 89 países y ha emprendido proyectos legales en 114 países del mundo.⁶ Estos ‘socios jurídicos’ (que actualmente constituyen 34.000 expertos) incluyen una amplia gama de estudios jurídicos y cámaras de abogados del Reino Unido. También pueden asociarse a A4ID los equipos de abogados *in-house* e instituciones académicas. Los socios jurídicos pagan una tasa de membresía.

En EE. UU., la iniciativa *American Bar Association Rule of Law Initiative* (ABA ROLI) fue creada en 2007 para consolidar sus cinco programas para el estado de derecho en el extranjero, incluida la iniciativa *Central European and Eurasian Law Initiative* (CEELI), que fue creada en 1990 luego de la caída del Muro de Berlín. El trabajo con socios del país de una manera altamente consultiva destinada a la creación de instituciones sostenibles (tanto a nivel gubernamental como ONG) es el sello distintivo de los programas de ABA ROLI.⁷

En 2012, ABA ROLI implementaba programas de reforma legal en más de 40 países de África, Asia, Europa y Eurasia, América Latina y el Caribe, el Medio Oriente y África del Norte. ABA ROLI cuenta con un personal de más de 400 profesionales que trabajan en EE. UU. y el mundo, entre los que se incluyen voluntarios expatriados por corto y largo plazo que han aportado más de US\$200 millones en asistencia técnica legal *pro bono* desde la creación del programa.

El reconocimiento del trabajo legal *pro bono* por parte de los gobiernos y colegios profesionales se ha dado en forma de declaraciones de apoyo que destacan los principios en base a los cuales ha de realizarse el trabajo. El Consejo de la IBA hizo su primera Declaración para el Trabajo *Pro bono* en octubre de 2008,⁸ dos años después de haber cambiado el nombre a su ‘Comité para el Acceso a la Justicia’ a ‘Comité para el Trabajo *Pro bono* y el Acceso a la Justicia’ a fin de enfatizar sus esfuerzos acelerados por hacer avanzar la cultura del trabajo *pro bono* por parte de abogados, estudios jurídicos y organizaciones de abogados.⁹ Otros países también hicieron declaraciones para el trabajo *pro bono* u otras declaraciones de principios.¹⁰ El Comité de Trabajo *Pro bono* Internacional del Procurador General del Reino Unido fue creado en enero de 2007; y en Australia se estableció el Grupo Consultativo para el Trabajo *Pro bono* Internacional del Procurador General en julio de 2009. En 2010, se trató el tema del trabajo *pro bono* internacional en una reunión de Funcionarios Senior del Ministerio de Justicia del *Commonwealth*.¹¹

En 2008, IBA lanzó un sitio Web¹² dedicado a brindar información sobre el trabajo internacional *pro bono* que es coordinado y administrado por la oficina de Londres de IBA. A través de otro sitio de IBA para el trabajo *pro bono* (**internationalprobono.com**), IBA conduce un servicio online en el que los colegios asociados a IBA y las Fundaciones *Open Society* registradas con IBA pueden solicitar asistencia *pro bono* por parte de miembros del grupo IBA de todo el mundo, y estas entidades pueden usar el sitio para ver y responder a los pedidos de los colegios y las Fundaciones *Open Society*.

La Declaración de Trabajo *Pro bono* de IBA pide que se brinden servicios legales *pro bono*,¹³ principalmente en beneficio de personas o comunidades pobres, desfavorecidas o marginalizadas, o en beneficio de las organizaciones que los representan, e indica que esta asistencia puede implicar lo siguiente:

- brindar asesoramiento o representación a personas, comunidades u organizaciones que de otra forma no podrían ejercer o defender sus derechos ni tener acceso a actividades de justicia, apoyar la administración de justicia y la creación y el fortalecimiento de instituciones;
- ayudar a los colegios y organizaciones cívicas, culturales, educativas y otras instituciones no gubernamentales dedicadas al interés público que de otra forma no podrían obtener asesoramiento

6 A4ID, ‘Brochure (inglés)’ http://a4id.org/sites/default/files/user/brochure_engl_141111_final_lowres.pdf.

7 Sitio Web de ABA ROLI www.americanbar.org/advocacy/rule_of_law/about/origin_principles.html consultado el 24 de octubre de 2012.

8 Declaración para el Trabajo *Pro bono* de IBA, aprobado por el Consejo de IBA en octubre de 2008.

9 IBA Pro Bono and Access to Justice Committee, www.ibanet.org/PPID/Constituent/ProBono_Accs_Justice/Overview.aspx consultado el 24 de octubre de 2012.

10 Israel en 2010, Nigeria en 2009, Polonia en 2007, las Américas en 2008 y el Reino Unido en 2008.

11 John Corker, ‘Access to Justice: International Pro Bono Legal Assistance’ (Artículo presentado en la Reunión de Funcionarios Senior del Ministerio de Justicia del *Commonwealth*, Marlborough House, Londres) https://wic041u.server-secure.com/vs155205_secure/CMS/files_cms/SOLM-AccesoJustice-IntProBonoLegalAssistance.pdf consultado el 1 de octubre de 2012.

12 www.internationalprobono.com consultado el 24 de octubre de 2012.

13 Declaración de Trabajo *Pro bono* de IBA, 16 de octubre de 2008, Artículo 1.

- o representación efectivos;
- ayudar al diseño de proyectos legislativos o participar como observadores de juicios, monitoreo de elecciones u otros procesos similares donde puede estar en riesgo la confianza pública en los sistemas legislativos, judiciales y electorales;
- brindar capacitación legal y tutorías, administración de proyectos e intercambio de recursos informativos;
- otras actividades similares para la preservación del estado de derecho.

Muchos otros intermediarios y organizaciones han crecido en los últimos 15 años (la mayoría desde 2005) y están en mejores condiciones para coordinar y facilitar el desarrollo y la provisión de servicios legales *pro bono* a nivel internacional. Se puede encontrar una lista de intermediarios y cámaras de compensación en la página Web *pro bono* de IBA y en la página Web del Procurador General de Australia.¹⁴

Hay tres ejemplos que tal vez pueden demostrar la naturaleza única de estas organizaciones. La primera es PILnet, creada en 1997 como la iniciativa *Public Interest Law Initiative in Transitional Societies* (PILI) de Columbia University, en Nueva York. Ha facilitado el desarrollo del trabajo *pro bono* en Europa mediante la creación de cámaras de compensación en Hungría, Rusia y China, y ha organizado un Foro Europeo de Trabajo *Pro bono* todos los años desde 2007.¹⁵ PILnet es único en su empeño por el desarrollo de una cultura *pro bono* en toda Europa.

El segundo ejemplo es único dado que implica la integración de proveedores de noticias con la coordinación y prestación de servicios legales *pro bono*. La rama caritativa de uno de los proveedores de noticias e información más importantes del mundo, la Fundación Thomson Reuters, se involucró con el trabajo *pro bono* internacional en 2010 cuando creó TrustLaw y TrustLaw Connect, un intermediario que busca reunir equipos legales para brindar asesoramiento legal gratuito a ONG y empresas sociales en cualquier jurisdicción del mundo (y gobiernos en cada caso concreto).¹⁶ TrustLaw Connect es solo parte de la iniciativa trust.org de la Fundación, que reúne servicios de noticias e información, capacitación en periodismo y medios de comunicación, y asistencia legal gratuita para llevar adelante los objetivos caritativos de la Fundación. TrustLaw Connect fue creada en julio de 2010, y para julio de 2013 ya contaba con 1.200 miembros en 145 países.¹⁷

El tercer ejemplo es el proyecto *International Senior Lawyers Project* (ISLP) que se inició originalmente en EE. UU. en 2001 pero ahora cuenta con oficinas en el Reino Unido (Londres) y Europa continental (París). Lo que lo hace único es el uso de abogados con muchísima experiencia, retirados o próximos a hacerlo, que desean permanecer profesionalmente activos. Se concentra en tres áreas principales: derechos humanos, desarrollo equitativo y sostenible, y estado de derecho. En 2011, ISLP envió 80 voluntarios a trabajar en 121 proyectos en 25 países desde Afganistán a Zambia; en su mayoría, países africanos.¹⁸

Enfoques de los estudios jurídicos y organizaciones de abogados

Las cámaras de compensación, programas, proyectos e iniciativas que se describen arriba tienen dos cosas en común. En primer lugar, los estudios jurídicos, abogados y organizaciones de abogados han apoyado el desarrollo de cada uno de ellos y ahora forman parte de sus directorios o comités administrativos. En segundo lugar, todos han crecido de forma significativa desde su creación en respuesta a la amplia necesidad de asistencia legal calificada en todo el mundo en vías de desarrollo y posconflicto.

Por lo general, los estudios jurídicos pertenecen a varias organizaciones basadas en membresías, y evalúan las oportunidades de participar a medida que van surgiendo. No obstante, los estudios modélicos también buscan activamente, y llevan adelante, proyectos propios *pro bono* en base a las áreas

14 Pro Bono Net, 'Pro Bono Clearing House', IBA, <http://internationalprobono.com/clearinghouse>; Attorney-General's Department, 'International pro bono brokers and clearing houses', www.ag.gov.au/LegalSystem/InternationalProBonoAdvisory/Pages/Internationalprobonolawyers.aspx consultado el 23 de diciembre de 2012.

15 www.internationalprobono.com/clearinghouse consultado el 24 de octubre de 2012

16 Véase, www.trust.org/trustlaw/connect consultado el 23 de diciembre de 2012.

17 Véase, www.trust.org/item/20130409151703-w145b.

18 Véase, www.islp.org consultado el 20 de marzo de 2013.

de especialización de sus programas o sus necesidades insatisfechas, tal vez para construir mejores lazos con sus clientes o desarrollar proyectos conjuntos con sus clientes nuevos.

Los abogados han aprovechado las redes existentes de abogados para crear entidades *pro bono* específicas como la Fundación Lex Mundi Pro bono, creada en 2006 como afiliada de la red Lex Mundi, que consiste de 160 estudios de primer nivel especializados en derecho comercial en 100 países, con 560 oficinas. La Fundación Lex Mundi Pro bono se especializa en el apoyo del emprendimiento social.¹⁹

Sin embargo, una nueva entidad para el trabajo *pro bono* internacional fue creada por un único estudio jurídico global. New Perimeter, una entidad independiente creada en 2005 por el estudio DLA Piper, fue fundada con el fin específico de brindar apoyo legal de largo plazo y alto impacto a organizaciones sin fines de lucro, gobiernos e instituciones académicas ubicadas principalmente en regiones en vías de desarrollo o posconflicto. Más de 4000 abogados de DLA compiten a nivel interno en todo el mundo para poder trabajar en los proyectos *pro bono* que lleva adelante New Perimeter. Guiado por un Consejo de Asesoramiento cuyos miembros cuentan con experiencia internacional legal, comercial y sobre desarrollo, New Perimeter ha forjado un camino fuertemente estratégico para sus proyectos, focalizando su trabajo en la educación legal, los derechos de las mujeres y niños, acceso a la justicia y reforma legal, protección ambiental, desarrollo económico y seguridad alimentaria. DLA Piper asigna 13.000 a 15.000 horas de servicio de abogados para New Perimeter, lo que representa US\$6-7 millones en servicios legales donados por año.²⁰

Tipo de trabajo

Los siguientes comentarios se basan en 100 proyectos *pro bono* internacionales, muchos de los cuales están actualmente en curso o han sido completados en los últimos años. Se ha obtenido una descripción de cada proyecto del material publicado por los estudios jurídicos, ya sea impresos u online, de intermediarios como A4ID y ABA ROLI y de organizaciones como New Perimeter, PILnet, TrustLaw y Lawyers Without Borders (LWOB). Esto se ha hecho con la intención de identificar tendencias en el tipo de trabajo legal realizado, los problemas en los cuales se ha enfocado el trabajo legal y los clientes a los que se ha asistido.

Este artículo organiza 100 proyectos en siete categorías, y algunos proyectos comprenden actividades en más de una categoría. Las categorías también se superponen hasta cierto punto, pero la intención es brindar un marco para que el lector comprenda mejor la naturaleza del trabajo a realizarse. Los temas recurrentes son fomentar las capacidades de los países, mejorar el acceso a la justicia y fortalecer el estado de derecho en los países en desarrollo. A continuación se brinda una descripción y algunos ejemplos del trabajo a realizarse:

Construcción y fortalecimiento de los sistemas legales y las instituciones

Una gran parte importante de este trabajo es la educación legal, donde los equipos de abogados enseñan desde redacción de escritos hasta habilidades de litigio en juicio. Suele ser brindado por abogados y funcionarios legales, incluida la policía, los jueces²¹ y los magistrados,²² para fortalecer el estado de derecho²³ y la efectividad de las asociaciones de profesionales jurídicos, pero también para fortalecer las capacidades profesionales de los abogados y funcionarios legales. También se está realizando más trabajo fundamental, como la redacción de proyectos de ley para la creación de un sistema judicial y procesal penal,²⁴ o el asesoramiento para fiscales en relación con procedimientos

19 Véase, www.lexmundiprobono.org/lexmundiprobono/WHO_WE_ARE.asp consultado el 23 de diciembre de 2012.

20 Véase, www.newperimeter.org/about/index.html consultado el 23 de diciembre de 2012.

21 Los socios y colaboradores de Garrigues desarrollaron y llevaron adelante un curso de contaduría online de dos meses para jueces de tribunales comerciales de América Latina.

22 El África Law Initiative Council (un proyecto de servicio público de ABA) brinda conocimiento legal, asesoramiento y capacitación para jueces, abogados y funcionarios gubernamentales de África. Sus actividades incluyen planes para desarrollar una clínica de asistencia legal y centro de servicios para víctimas en Liberia.

23 ABA ROLI apoyó programas para incrementar la capacidad de los abogados chinos de defender los derechos de la ciudadanía. Su objetivo fue fortalecer al Colegio de Abogados de China para mejorar el estado de derecho.

24 Un proyecto de New Perimeter se focalizó en la restauración de los sistemas judiciales y procesales penales de Kosovo.

para promover juicios por crímenes de lesa humanidad.²⁵ Los proyectos de esta categoría también implican abordar directamente la falta de recursos de las facultades de derecho de los países en vías de desarrollo.²⁶

Mejorar el acceso a la justicia y reforma legal

Hay una amplia gama de cuestiones que caen dentro del encabezado de acceso a la justicia y reforma legal. Un subconjunto de estos proyectos se concentra en la corrupción y la mejora de la integridad pública. Entre los ejemplos se incluye: brindar asistencia a las ONG para la elaboración de informes paralelos para la ONU;²⁷ un recurso de inconstitucionalidad contra la ley de votación de Sudáfrica, que no contemplaba el voto en ausencia;²⁸ asesoramiento acerca de la posibilidad de establecer un tribunal en Chad/Senegal para procesar al ex presidente por crímenes de lesa humanidad;²⁹ un análisis comparativo de leyes de libertad de información en varios países para presentar una perspectiva sobre el proyecto de ley de libertad de información en Yemen;³⁰ y la elaboración de un modelo de legislación diseñado para proteger a las mujeres de la explotación socio-económica y sexual en Nepal.³¹

Otros ejemplos incluyen: un grupo de estudios jurídicos que han colaborado con una ONG para investigar y elaborar un importante informe sobre el trato de menores en detención y sin acompañamiento luego de ser deportados a México tras intentar cruzar la frontera entre EE. UU. y México;³² elaboración de un informe sobre los problemas relativos al rescate forzoso de niños de la calle;³³ el asesoramiento a una ONG sobre los riesgos de propiedad intelectual asociados con su campaña para eliminar el tráfico de menores para la industria del cacao en África.³⁴

Educación legal comunitaria

Existen muchos proyectos en los que los estudios jurídicos han desarrollado manuales, guías y kits de herramientas acerca de las leyes y sus implicancias, seguido de cursos de capacitación para ONG, empleados gubernamentales, abogados, facultades de derecho, responsables políticos y otros. Las temáticas abordadas incluyen las prácticas de buena gobernanza para ONG,³⁵ el fortalecimiento de respuestas a las personas que viven con VIH/SIDA,³⁶ mejores prácticas en el uso de paralegales, litigio en derechos humanos³⁷ y capacidades legales. Este trabajo muchas veces se conoce como construcción de capacidades y algunos ejemplos pueden ser considerados como construcción de nacionalidad.

25 Mayer Brown ayudó a Human Rights Watch con cuestiones de derecho penal internacional.

26 En un proyecto de New Perimeter, llevado a cabo por la Facultad de Derecho Addis Ababa, abogados de DLA Piper brindaron capacitación y una importante subvención a la Facultad de Derecho para la compra de textos y nuevas tecnologías y brindaron subvenciones para la investigación y publicación de un texto.

27 Ashurst Australia colabora con Transparency International (organización contra la corrupción) para elaborar el informe paralelo de Papua Nueva Guinea para la ONU.

28 Davis Polk presentó y llevó adelante un recurso de inconstitucionalidad contra la ley de votación de Sudáfrica, que no contemplaba el voto en ausencia para ciudadanos sudafricanos viviendo en el exterior.

29 Mayer Brown colaboró con Human Rights Watch (sucursal de París) en cuestiones de derecho penal internacional, incluidos casos de lesa humanidad, como el caso Duvalier (Haití) y el caso Hissene Habre (Chad/Senegal).

30 Baker & McKenzie, trabajando como abogados in-house del New York Times, representaron al International Research and Exchanges Board para presentar perspectivas internacionales sobre el proyecto de ley de libertad de información de Yemen.

31 Los abogados de Baker & McKenzie, al igual que otros de Accenture y Caterpillar, crearon y sometieron a los legisladores de Nepal un modelo de legislación diseñado para proteger a las mujeres del abuso socio-económico y sexual.

32 Mayer Brown colaboró con organizaciones sin fines de lucro en la investigación del trato de estos menores. El proyecto y su informe (compilado por las organizaciones sin fines de lucro) recibieron honores de primer lugar de UNICEF México en marzo de 2012.

33 Allens colaboró con Bahay Tuluyan (una organización filipina de base) en la elaboración de un informe para UNICEF sobre los derechos de los niños de la calle.

34 N I Jacobs & Associates brindó asistencia a Stop the Traffik, permitiéndole a la organización continuar impulsando nuevas leyes para erradicar el tráfico de menores en la industria del chocolate.

35 King & Wood Mallesons, en conjunto con CARE, desarrolló el manual para ONG de Papua Nueva Guinea, cuyo objetivo es incrementar el conocimiento de las ONG y luego fortalecerlo con una serie de sesiones de capacitación.

36 HWL Ebsworth colaboró con la formulación de una propuesta legislativa para la despenalización del trabajo sexual y el sexo homosexual en PNG como parte de la respuesta de PNG para el VIH (con financiamiento de AusAID).

37 New Perimeter creó un manual de consulta para paralegales para la Namibia Paralegal Association.

Construcción nacional y desarrollo económico

Los proyectos de construcción nacional y desarrollo económico parecen encuadrar en tres categorías: proyectos de redacción de propuestas legislativas; una amplia gama de trabajos para los gobiernos de los países en vías de desarrollo; y trabajo jurídico en beneficio de ONG, organizaciones caritativas y agencias asistenciales, muchas de las cuales operan a nivel global. Parte de este trabajo de reconstrucción se ha realizado a raíz de desastres naturales o levantamientos políticos.

Los estudios jurídicos han redactado proyectos legislativos para los países en vías de desarrollo y ONG que tratan de implementar leyes modelo. Algunos ejemplos incluyen: legislación para afrontar la responsabilidad penal corporativa por delitos ambientales;³⁸ redacción de la constitución de un país;³⁹ despenalización del trabajo sexual;⁴⁰ la revisión y actualización de leyes comerciales, con el fin de ayudar a un país a atraer capitales extranjeros; legislación modelo armonizada de respuesta ante desastres;⁴¹ y protección de los derechos del trabajador en industrias no reguladas.⁴²

Los estudios jurídicos también han trabajado de cerca con los gobiernos de los países en vías de desarrollo, prestando asesoramiento para los acuerdos con otros países,⁴³ colaborando con proyectos de energía y recursos (por ejemplo, brindando asesoramiento sobre los riesgos y beneficios del establecimiento de una Zona Económica Especial),⁴⁴ brindando asesoramiento para el establecimiento de un banco nacional,⁴⁵ o asistiendo en el restablecimiento de un registro de propiedad.⁴⁶

Sin embargo, una gran parte del trabajo realizado por los estudios jurídicos en este área es para ONG, agencias asistenciales y organizaciones caritativas, particularmente organizaciones globales. El trabajo puede consistir de asistencia legal para el establecimiento, la gobernanza o la estructuración de una organización, una nueva iniciativa o proyectos existentes administrados por ONG, organizaciones caritativas o agencias asistenciales. Los ejemplos incluyen: asesorar a los líderes de organizaciones sin fines de lucro sobre microfinanzas en el derecho laboral;⁴⁷ colaborar con la redacción de un informe detallado sobre los principales obstáculos contra el microcrédito;⁴⁸ colaborar con un contrato de préstamo para financiar una empresa social en un país africano;⁴⁹ asesorar a una ONG que brinda apoyo a emprendedores sociales mostrándoles perspectivas internacionales comparadas sobre normas relativas al empleo y la diversidad, propiedad intelectual, el uso de redes sociales y privacidad de datos, corrupción y gobernanza, estructuras corporativas y exención de impuestos;⁵⁰ o crear una serie de plantillas de contratos simples entre pequeñas empresas, financiadores y organizaciones caritativas internacionales a fin de facilitar el apoyo crediticio a grupos agrarios para expandir su actividad.⁵¹ El trabajo para las organizaciones caritativas o agencias asistenciales⁵² puede suponer el asesoramiento sobre impuestos, constitución, registro, riesgo y seguros, pero también sobre normas relevantes en jurisdicciones particulares, tales como las normas de competencia o salud y seguridad ocupacional.⁵³

38 Shearman & Sterling colaboró con Progressio (una organización caritativa que se dedica al desarrollo sostenible) para crear normas que regulan la madera de origen ilegal en la UE y el Reino Unido. La norma fue ratificada por la UE en 2010.

39 DLA Phillips Fox colaboró con el gobierno de Nepal en la construcción de un proceso de redacción constitucional.

40 Véase supra nota 24.

41 Baker & McKenzie trabajó con los abogados de Microsoft para representar al Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC, por sus siglas en inglés) en la redacción de una ley modelo para la atención de desastres.

42 Baker & McKenzie trabajó con los abogados de Vodafone para desarrollar mecanismos legales para tratar de frenar el trabajo en servidumbre en Nepal.

43 DLA Phillips Fox colaboró con el Gobierno de Timor-Leste en relación a acuerdos con Indonesia.

44 New Perimeter desarrolló un estudio exhaustivo sobre Zonas Económicas Especiales, en las que se discutía el riesgo y los beneficios de la creación de una Zona Económica Especial en Timor-Leste.

45 DLA Phillips Fox asesoró al Gobierno de Timor-Leste con respecto al establecimiento de un banco nacional.

46 Ashurst Australia envió una comisión para el Gobierno de Timor-Leste con el fin de crear un registro de propiedad.

47 Mayer Brown brindó asesoramiento sobre derecho laboral para las iniciativas de microfinanzas de Planet Finance (ONG).

48 Liderado por Orrick y Latham & Watkins, junto con otros estudios jurídicos, en 2011, el consorcio compiló un informe detallado por país donde se describen los obstáculos regulatorios para el acceso al microcrédito en los 27 Estados miembro de la UE.

49 Mayer Brown también brindó asesoramiento relativo a un contrato de préstamo para una empresa social en Ghana.

50 Baker & McKenzie colaboró con los Global Fellows de Ashoka en sus esfuerzos por empoderar a las comunidades.

51 Simmons & Simmons ayudó a crear una plantilla simple para contratos entre Oxfam y el Fondo Monetario Internacional, o entre empresas y el Fondo.

52 Herbert Smith Freehills indicó en 2011 que había ayudado en los 18 meses anteriores a 30 clientes con foco internacional, de los cuales muchos eran agencias de asistencia internacional.

53 DLA Piper brindó información sobre problemas legales y riesgos a World Vision Australia (operativo Kenia), asesoramiento sobre gobernanza a Optometry Giving Sight y asesoramiento sobre derecho de competencia a Oxfam.

Protección ambiental

Los problemas abordados bajo el rótulo de protección ambiental incluyen la tala ilegal,⁵⁴ esfuerzos por la asimilación de dispositivos de energía solar,⁵⁵ y la creación de conciencia sobre el cambio climático.⁵⁶ Los estudios jurídicos han generado lazos con abogados locales para evaluar normas pertinentes, derecho consuetudinario y la práctica real, brindando asesoramiento sobre el derecho actual y apoyando a varias ONG para lograr la estabilidad comercial (mediante marcas registradas, contratos y acuerdos comerciales) y para brindar informes para las ONG a fin de apoyar su defensa de reformas legales y aplicación.

Igualdad de género

La igualdad de género es un tema recurrente en el trabajo *pro bono* internacional en los países africanos y asiáticos, incluida China; también hay un ejemplo proveniente de Perú. El trabajo incluye la documentación de abusos de derechos humanos de las mujeres, elaboración de declaraciones juradas, y un informe describiendo el abuso;⁵⁷ el diseño de una agenda y la organización de oradores para una cumbre;⁵⁸ y asistencia técnica para la redacción de un proyecto de ley para congresistas peruanas que llevaban adelante un proyecto legislativo contra la violencia doméstica.⁵⁹ También se ha realizado trabajo para la evaluación de esquemas legales y regulatorios y estrategias de políticas públicas en algunos países africanos a fin de evaluar cómo impactaron sobre la capacidad de las mujeres de acceder a servicios de ahorro y de crédito.⁶⁰

Seguridad alimentaria y contra el hambre

El trabajo en el área de seguridad alimentaria y contra el hambre incluyó: asesorar a una ONG sobre los derechos de pastura actuales de pastores nómades obligados a permanecer en asentamientos permanentes, en base a las costumbres y el Código Rural de Níger, y a medidas para mejorar sus derechos;⁶¹ apoyar la creación y operación de una organización multinacional sin fines de lucro dedicada a la lucha contra el hambre, incluida su constitución corporativa y gobernanza, y asesoramiento en cuestiones tributarias y contractuales;⁶² y brindar asesoramiento sobre derecho de patentes a otra ONG para mejorar el acceso a medicamentos.⁶³

Observaciones, tendencias y patrones

Este resumen del trabajo internacional *pro bono* revela algunas tendencias y patrones. En primer lugar, los estudios jurídicos grandes tienen un fuerte manejo del derecho corporativo y una gran cantidad de proyectos e iniciativas aprovechan exitosamente esta capacidad de los estudios grandes. Estos proyectos tienden a realizarse para ONG y organizaciones caritativas grandes y bien organizadas,

54 New Perimeter concentró sus esfuerzos en Colombia y Perú, donde estableció lazos con abogados locales y desarrolló estrategias para proyectos jurídicos.

55 El trabajo realizado por los socios de A4ID incluyó asesoramiento sobre marcas registradas, protección de marcas y contratos.

56 Clayton Utz representó a Oxfam y a la Legal Resource Initiative del World Wildlife Fund, que supuso el asesoramiento legal en tiempo real a delegados durante las negociaciones climáticas en Barcelona y Copenhague.

57 New Perimeter, en conjunto con AIDS-Free World, documentó casos de violación de los derechos humanos de las mujeres en Zimbabwe. Los abogados de DLA Piper también entrevistaron mujeres que habían sufrido abuso por sus creencias políticas.

58 New Perimeter colaboró con Vital Voices Global Partnership en el planeamiento y la implementación de un programa de empoderamiento político para las mujeres en la cumbre Vital Voices of Asia.

59 New Perimeter envió abogados a Perú para ayudar a las congresistas a redactar nuevas legislaciones contra la violencia doméstica.

60 Un equipo de abogados de New Perimeter evaluaron los esquemas legales y regulatorios de Malawi y cómo estos impactaron sobre la capacidad de las mujeres de acceder a ahorros.

61 Proyecto en Níger con la organización local JEMED (Youth with a Mission), la ONG internacional Tearfund, A4ID y el estudio jurídico Weil, Gotshal & Manges.

62 Los abogados de New Perimeter apoyaron la creación y operación de una organización multinacional sin fines de lucro dedicada a la lucha contra el hambre: Global FoodBanking Network.

63 A4ID participó de un proyecto para buscar abogados especializados en propiedad intelectual para MSF.

cuya trayectoria se basa en los resultados que han obtenido en los países en los que operan. Estas organizaciones se pueden beneficiar muchísimo de un buen asesoramiento sobre gobernanza, estructuración, impuestos, propiedad intelectual y derecho comercial general. El apoyo legal las ayuda a implementar sus iniciativas con éxito mediante los acuerdos contractuales y comerciales necesarios para sustentar sus operaciones o proyectos particulares, y las ayuda a resolver otras cuestiones que pueden ir surgiendo, tal como cuestiones regulativas. El apoyo legal *pro bono* para estas organizaciones tiene mucho sentido, dado que la especialidad de los estudios jurídicos grandes es justamente lo que estas organizaciones necesitan, y las ayuda a obtener resultados que pueden impactar en la vida de muchas personas.

Una segunda observación es que, coherentemente con el carácter distintivo del trabajo *pro bono*, donde se asignan los recursos limitados hacia la mayor cantidad de necesidades sociales insatisfechas, una gran parte del trabajo *pro bono* se dirige a injusticias aparentes y violaciones graves a los derechos humanos. Las cuestiones como las que se describen a continuación suelen ser difíciles de abordar: por ejemplo, el tratamiento de las personas con VIH/SIDA; la trata de personas; la situación de los refugiados; la falta de herencia para las mujeres y los derechos de la mujer en general; la violencia de género; y el trato que reciben los menores. En algunos países ya existen leyes relevantes para afrontar estas cuestiones y el problema radica en su implementación y ejecución. En otros países, las leyes pueden no existir o ser inadecuadas. El proyecto *pro bono* varía de acuerdo a las circunstancias.

El trabajo legal *pro bono* dedicado a estas cuestiones se conduce de forma más efectiva cuando se realiza en conjunto con organizaciones que ya están en la zona y trabando con la comunidad, y cuando se redactan los escritos legales en conjunto con estas organizaciones.

Las fuentes o puntos de referencia para este trabajo varían ampliamente. Los clientes pueden auto derivarse o ser derivados por un miembro del personal de un estudio jurídico con un contacto dentro de la organización; asimismo, también puede ser un cliente ya existente *pro bono* o gratuito. Algunas ONG, organizaciones caritativas y agencias asistenciales grandes son clientes de larga data de los estudios jurídicos y han recibido ayuda a lo largo de muchos años para abordar una amplia gama de cuestiones legales a fin de estabilizarse, crecer y alcanzar mejor su misión. Las cámaras de compensación *pro bono* se han vuelto más sofisticadas y habilidosas en lo que respecta a proyectos de intermediación de los estudios jurídicos y constituyen una fuente incremental de oportunidades para los estudios jurídicos que desean encontrar proyectos adecuados en los cuales participar.

Los proyectos varían considerablemente en tamaño, dirección estratégica y resultados deseados. Por ejemplo, un proyecto de ABA ROLI dirigido a frenar la trata de mujeres en Nepal⁶⁴ empleó una cantidad de estrategias diferentes a lo largo de un periodo de dos años, entre ellas:

- crear conciencia y empoderar a las posibles víctimas;
- dotar de competencia a instituciones clave dedicadas a frenar la trata de personas para mejorar la calidad de las investigaciones penales;
- facilitar una mejor coordinación sistémica entre actores gubernamentales y de la sociedad civil.

Cada componente de este programa llena espacios discretos y busca reducir la incidencia de la trata de mujeres, mientras mejora la efectividad investigativa y aumenta los procesos penales y las condenas.

Por otra parte, un estudio jurídico puede asumir tareas discretas, como llevar adelante el trabajo legal asociado al establecimiento de clínicas de ojos⁶⁵ como parte de la relación a largo plazo con una ONG.

Por lo general, los estudios jurídicos brindan servicios legales, pero varios de ellos tienen sus propias fundaciones a las que recurren ocasionalmente para brindar fondos y apoyar un cliente o proyecto *pro bono*; esto se suele hacer para una iniciativa específica y no para fondos operativos.

El impacto social de los servicios jurídicos puede ser indirecto

A diferencia de la provisión de alimentos o servicios médicos, los servicios jurídicos están un tanto alejados de los resultados en el cambio social. El resultado del apoyo legal tal vez no es tan visible,

64 Capacitación y asesoramiento por parte de ABA ROLI en relación a la trata de mujeres en Nepal destinados a crear conciencia, empoderar a las posibles víctimas y desarrollar competencias de instituciones dedicadas a frenar la trata.

65 DLA Phillips Fox realizó todo el trabajo asociado al establecimiento de una clínica de ojos en Fiji y Timor-Leste.

pero no por eso es menos importante. Por ejemplo, la capacitación brindada a mujeres acerca de la importancia de registrar el nacimiento de sus hijos puede no tener un efecto directo hasta 18 años más tarde, cuando ese hijo debe probar su edad legal para obtener un registro para conducir. Pero el efecto puede ser importante dado que un registro para conducir puede ser vital para que esa persona pueda ganarse la vida.⁶⁶ Por otra parte, el desarrollo de un contrato de licencia de patente entre una institución investigativa y Médecins Sans Frontières (MSF, por sus siglas en francés) habilita a MSF a colaborar con el desarrollo de nuevas pruebas de diagnóstico para que estén disponibles y accesibles para muchas personas en países en vías de desarrollo desde el momento de ejecución del contrato.⁶⁷

Impacto social de la CFG

El objetivo de este artículo no es brindar un análisis de las necesidades de los países del mundo luego de la CFG. No obstante, a continuación se brindan algunos extractos de informes clave que brindan un marco contextual para ver cómo el trabajo internacional *pro bono* puede asistir mejor a los países afectados por la CFG. Los primeros comentarios son concernientes a la crisis financiera del Este Asiático en 1998:

‘Las dificultades económicas generalizadas están desgarrando el tejido de la sociedad: es esencial asegurar el funcionamiento del mercado alimenticio, incrementar el poder adquisitivo de los hogares vulnerables, amortiguar el impacto de los aumentos de precios, y preservar el acceso de los pobres a la salud y la educación. El fortalecimiento de las instituciones públicas y privadas responsables de la prestación de servicios también es crucial tanto en el corto como en el largo plazo’.⁶⁸

‘Demasiado a menudo en la crisis latinoamericana, los responsables políticos dedican su energía a la restauración de la estabilidad macroeconómica y la implementación de reformas estructurales. El Este Asiático tiene la oportunidad de prevenir este error dando prioridad a los problemas sociales. Las bajas en ingresos, empleo y servicios públicos se han expandido con consecuencias sociales complejas. Es importante, entonces, tomar acción desde varios frentes, y hacer todo el esfuerzo posible por anticiparse a estas consecuencias. La focalización es crucial. El resultado de fondos especiales establecidos en América Latina para amortiguar el costo social de las medidas económicas de ajuste fue mixto, debido en gran parte a la falta de focalización’.⁶⁹

En cuanto a las lecciones para el futuro luego de la reciente CFG, se sugirieron las siguientes acciones:⁷⁰

- Estar preparado para las crisis antes de que sucedan: los gobiernos deben invertir en prevención (por ejemplo, mediante una regulación financiera adecuada) y someter sus políticas económicas, instituciones estatales y políticas sociales a ‘*stress tests*’ [pruebas de tensión] para medir la respuesta y posiblemente manejar futuras crisis.
- Monitorear el impacto y hablar con la gente: las mejores respuestas han incluido el monitoreo en el lugar y en tiempo real del impacto de la crisis, además de un diálogo genuino con las comunidades afectadas acerca de cuál es la mejor respuesta.
- Apoyar mecanismos locales de defensa: los gobiernos deben incrementar la capacidad de las organizaciones familiares, de la sociedad civil local y religiosas de responder a la crisis.
- Acceso a la información: el apoyo en momentos de crisis también puede suponer la prestación de información sobre fuentes de ayuda, e incluso el apoyo a los esfuerzos de conectividad y ‘mensajes morales’; por ejemplo, las figuras locales destacadas pueden alentar a la ciudadanía a velar por el bienestar de sus vecinos.
- Cuestiones de género: una característica casi universal de las respuestas desplegadas hasta

66 Ejemplo tomado de Christina Storm, Fundadora de Lawyers without Borders en una entrevista disponible en video www.youtube.com/watch?v=f9EF68RrXKQ&feature=related (<http://bit.ly/13pivAQ>).

67 A4ID participó de un proyecto para buscar abogados especializados en propiedad intelectual para MSF.

68 Tamar Manuelyan Atinc and Michael Walton, *Social Consequences of the East Asian Financial Crisis* (World Bank Group, 1998).

69 Nora Lustig and Michael Walton, ‘East Asia Can Learn From Latin America’s Travails’ *International Herald Tribune* (Nueva York), 29 de mayo de 1998.

70 Duncan Green, Richard King, May Miller-Dawkins, ‘The Global Economic Crisis and Developing Countries’ *Research Report*, Oxfam GB, 28 de mayo de 2010 6.

el momento es la ceguera de género. Los gobiernos han respondido a pérdidas de empleo en industrias textiles e indumentarias, que emplea principalmente mujeres, mediante la canalización de los estímulos fiscales hacia la industria de la construcción, que emplea principalmente hombres. Los intentos por dotar de créditos a las economías necesitadas de efectivo muchas veces son aprovechados por grandes empresas que emplean relativamente pocos trabajadores, en vez de direccionarse a empresas pequeñas que emplean muchos trabajadores o a personas que trabajan en las amplias economías informales del Sur.

- Luego de la crisis, reponer la capacidad de recuperación: cada crisis merma la capacidad de afrontamiento, tanto física como psicológica, de las personas y comunidades pobres. Una vez pasada la crisis, hay una urgente necesidad de reponer las fuentes de recuperación antes del próximo shock.

En cuanto al momento adecuado para las medidas:

‘La crisis ha destacado a la protección social como una cuestión relativa al desarrollo, al igual que la importancia del manejo de riesgos y la volatilidad en todo nivel. No alcanza con perseguir el crecimiento económico ahora y el bienestar social después; ambas deben concurrir en la búsqueda de un mayor bienestar’.⁷¹

En cuanto a la necesidad de la acción concertada:

‘La economía global atraviesa un periodo de profundos cambios. La preocupación más inmediata subyace en la crisis financiera que se originó en el hemisferio Norte. El hemisferio Sur se ve afectado por medio de una demanda reducida y precios más bajos para sus exportaciones, flujos financieros privados reducidos y remesas descendentes. Esta es la primera crisis. Al mismo tiempo, el cambio climático sigue sin verificación, con un crecimiento en emisiones de gases de efecto invernadero que excede los cálculos pasados. Esta es la segunda crisis. Por último, la desnutrición y el hambre continúan en aumento, impulsadas por la reciente inflación en los precios de alimentos a nivel global. Esta es la tercera crisis. Estas tres crisis interactúan y socavan la prosperidad de las generaciones actuales y futuras. Cada una tiene implicancias en lo que respecta a la asistencia internacional y destacan la necesidad de tomar acciones concertadas’.⁷²

Conclusión

Hay una cantidad de mensajes y temas que emergen de los extractos anteriores acerca de la acción adecuada en momentos posteriores a la CFG que resuenan con respecto a la forma en la que actualmente opera el trabajo *pro bono* y el tipo de proyectos que se están llevando adelante. Estos mensajes también sirven como un importante recordatorio para aquellos que realizan trabajo *pro bono* internacional con respecto a los elementos que son vitales en el logro de resultados significativos.

Este artículo ha demostrado la riqueza de los proyectos *pro bono* internacionales que se han llevado adelante para ayudar a *fortalecer a las instituciones para lograr la resiliencia*. Aquellos que afrontan estos trabajos también saben comprender y manejar los riesgos –y estas capacidades son cruciales para el desarrollo y la implementación de nuevas iniciativas. Algunos estudios jurídicos y abogados ya tienen un fuerte interés en afrontar cuestiones de género y derechos humanos, y actualmente trabajan en conjunto con las organizaciones que llevan adelante un monitoreo en tiempo real del impacto de la crisis. Estas organizaciones están *participando de un diálogo genuino con las comunidades afectadas* acerca de la mejor forma de respuesta, y los estudios jurídicos deben seguir asociándose con estas organizaciones para asegurar que su trabajo *pro bono* efectivamente satisfaga estas necesidades.

El mayor impacto que puede tener el trabajo *pro bono* en el mundo luego de la CFG es, justamente, lo que los estudios jurídicos ya hacen bien; es decir, satisfacer el amplio espectro de trabajo legal no litigioso que apoya y establece organizaciones. Esta estabilización es la que puede ayudar a los países en vías de desarrollo a ser más resilientes y crecer. No obstante, como los resultados importantes suelen lograrse únicamente con un esfuerzo sostenido en el tiempo, los estudios jurídicos deben desarrollar fuertes lazos y trabajar en conjunto con los gobiernos de los países en vías de desarrollo, y establecer

⁷¹ *Ibid.*, 7.

⁷² Tony Addison, Channing Arndt, y Finn Tarp, ‘The Triple Crisis and the Global Aid Architecture’ (2010), UN University Working Paper No 2010/01.

organizaciones de asistencia o caritativas, u ONG, particularmente aquellos estudios con una buena trayectoria en ese país.

Los estudios jurídicos también tienen el conocimiento y la capacidad para elaborar proyectos de ley, guías, kits de herramientas y otros materiales legales y para brindar asesoramiento y representar a individuos o grupos de individuos, ya sea, por ejemplo, asistiendo a las personas que buscan compensación o en relación a las leyes de inmigración. Estos servicios podrían ser parte de una respuesta más inmediata a la crisis. También, gracias a los esfuerzos coordinados de abogados de varios estudios y abogados corporativos *in-house*, se han elaborado estudios comparativos detallados de leyes y su implementación en varios países, los cuales sirven como una importante herramienta para la defensa de derechos. Los estudios jurídicos y abogados también pueden litigar casos de interés público, de forma individual o como parte de una campaña, para lograr importantes cambios sociales.

Para aquellos que desean trabajar con estos abogados y estudios jurídicos, las organizaciones como New Perimeter, o las iniciativas como ABA ROLI, es importante comprender cómo operan los abogados y los estudios jurídicos a fin de aprovechar los recursos más útiles disponibles a través de los prestadores de servicios legales *pro bono* a nivel internacional. Los estudios individuales tienen culturas *pro bono* muy diferentes, y sus intereses pueden cambiar a medida que estructuran el estudio o que cambia su personal clave. Vale la pena tomarse el tiempo para comprender la cultura del estudio o de identificar su enfoque hacia este trabajo a fin de encontrar un proyecto o iniciativa adecuado. Un buen punto de inicio es contar con coordinadores de trabajo *pro bono* en estudios jurídicos, intermediarios o cámaras de compensación. Pero por sobre todo, las buenas relaciones personales son esenciales para el éxito de los proyectos *pro bono*.

Igualmente, no caben dudas: en la gran variedad de iniciativas de instituciones, agencias y estudios jurídicos, los servicios legales *pro bono* han brindado un importante apoyo a las comunidades e individuos que enfrentan la pobreza y las dificultades de la crisis financiera.

Bibliografía

- A4ID, 'A4ID: Advocates for International Development, Lawyers Eradicating Poverty' <http://a4id.org>
- A4ID, 'Brochure (inglés)' http://a4id.org/sites/default/files/user/brochure_engl_141111_final_lowres.pdf
- ABA, 'ABA Rule of Law Initiative' www.americanbar.org/advocacy/rule_of_law.html
- Access Economics, 'The impact of the global financial crisis on social services in Australia' (Issues Paper, Anglicare Australia, Catholic Social Services Australia, The Salvation Army and UnitingCare Australia, noviembre de 2008)
- Addison T, Arndt C, and Tarp, F, 'The Triple Crisis and the Global Aid Architecture' Working Paper No 2010/01, World Institute for Development Economics Research, enero de 2010
- 'Future Lawyers' Guide to Law and International Development' http://a4id.org/sites/default/files/user/A4ID_Future_Lawyers_Guide_2011_f.pdf
- Atinc T M y Walton M, 'Responding to the Global Financial Crisis: Social Consequences of the East Asian Financial Crisis' (Research Report, World Bank Group, 1998)
- Attorney-General's Department, 'International pro bono brokers and clearing houses' www.ag.gov.au/LegalSystem/InternationalProBonoAdvisory/Pages/Internationalprobonolawyers.aspx
- Baker & McKenzie, 'CSR MATTERS: A Report on Corporate Social Responsibility at Baker & McKenzie' (2012) www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/CSR_MATTERS.pdf
- Bridges Across Borders Southeast Asia Community Legal Education Initiative, '1st Southeast Asia Pro Bono Conference/Workshop – 28 & 29 Sept 2012' <http://babseacle.org/articles/1st-southeast-asia-pro-bonoconferenceworkshop-28-29-sept-2012>
- Brinkman H-J, 'High Food Prices and the Global Financial Crisis Have Reduced Access to Nutritious

Food and Worsened Nutritional Status and Health' (2010) 11 *Journal of Nutrition* 153

Buvinic M, 'The Global Financial Crisis: Assessing Vulnerability for Women and Children, Identifying Policy Responses' (Artículo presentado en la 53ª Sesión de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Condición de la Mujer, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York)

Corker J, 'Access to Justice: International Pro Bono Legal Assistance' (Artículo presentado en Reunión de los Funcionarios Sénior del Ministerio de Justicia del Commonwealth, Marlborough House, Londres) https://wic041u.server-secure.com/vs155205_secure/CMS/files/cms/SOLM-AccessstoJustice-IntProBonoLegalAssistance.pdf

Cushnie L, 'Joss Saunders: Oxfam' (22 de agosto de 2005), *The Lawyer* www.thelawyer.com/joss-saunders-oxfam/116494.article

Davis Polk, 'International Pro Bono' www.davispolk.com/pro-bono/practices/international

DLA Phillips Fox, Schedule of International Pro Bono Work, presentado al Comité Internacional de Trabajo Pro Bono de Estudios Jurídicos Australianos del Procurador General de Australia, julio de 2011

DLA Piper, 'New Perimeter Pro Bono For Our World' (2012) '1000 city lawyers make poverty history' (17 de mayo de 2005), DLA Piper UK News <http://dlapiper.com/uk/news/detail.aspx?news=71>

Green D, King R, Miller-Dawkins M, 'The Global Economic Crisis and Developing Countries' (Research Report, Oxfam GB, 28 de mayo de 2010)

IBA Pro Bono Declaration, 16 de octubre de 2008, artículo 1

IBA Pro Bono Declaration, aprobado por el consejo de IBA, octubre de 2008

IBA Pro Bono, www.ibaprobono.com

Lustig N y Walton M, 'East Asia Can Learn From Latin America's Travails' *International Herald Tribune* (Nueva York), 29 de mayo de 1998

Mayer Brown, 'Pro Bono Update' (2012) www.mayerbrown.com/Files/Publication/40dd03b6-f4d0-485b-b14bdd1f54210851/Presentation/PublicationAttachment/b9757916-3c2b-4cbc-9501-e3e0101f4ab6/Pro_Bono_Update_2012.pdf

McCord A, 'The impact of the global financial crisis on social protection in developing countries' (2010) 63:2 *International Social Security Review*

PILnet, 'PILnet: The Global Network for Public Interest Law' www.pilnet.org

Pro Bono Net, 'Pro Bono Clearing House', IBA <http://internationalprobono.com/clearinghouse>

Steinitz M, 'Internationalized Pro Bono and a New Global Role of Lawyers in the 21st Century: Lessons from Nation Building in Southern Sudan' (2000) 12 *Yale Human Rights and Development Law Journal*

Te Velde, D W y otros, 'The global financial crisis and developing countries' Working Paper 306, Overseas Development Institute, junio de 2009

The Law Society (UK), 'A helping hand' (2 de agosto de 2007), *The Law Gazette* www.lawgazette.co.uk/features/ahelping-hand-1

TrustLaw, 'Trust Law Connect' www.trust.org/trustlaw/connect

Weil Gotshal & Manges, 'Pro Bono Key Representations' www.weil.com/practiceareas/Transactions.aspx?service=1920

Yap J T, Reyes C M and Cuenca J S, 'Impact of the Global Financial and Economic Crisis on the Philippines' Discussion Paper No 2009-30, Philippine Institute for Development Studies, octubre de 2009

Capítulo 4

Justicia en el Mundo¹

Amartya Sen²

‘La injusticia en cualquier parte es una amenaza a la justicia en todas partes’, escribió el Dr. Martin Luther King Jr. 45 años atrás, en abril de 1963, en una carta enviada desde la Cárcel de Birmingham. Hoy, sería difícil encontrar una agenda intelectual más urgente que la de las demandas de justicia en el mundo. Pero la justicia en el mundo no es un tema sencillo. Tampoco lo es la noción de ‘estado de derecho’, que movita esta investigación. Creo que debería comenzar con algunos comentarios acerca de la idea de justicia en general y de la idea de justicia en el mundo en particular, y luego de la idea de estado de derecho.

Resulta útil distinguir entre (i) una concepción de la justicia centrada en las organizaciones; y (ii) la idea básica de justicia realizada. A veces la justicia se conceptualiza en términos de ciertos requisitos organizativos –algunas instituciones, algunas regulaciones, algunas normas (por ejemplo, libertad de expresión, libertad de comercio o tributación progresiva, según la concepción particular de las demandas estructurales de justicia). Esto puede estar bastante bien hasta un cierto punto, pero más allá de las instituciones y estructuras, también debemos examinar qué surge realmente, por la influencia de las instituciones y organizaciones, pero también por otras características de la sociedad (como los modos de comportamiento, las normas y prácticas sociales, y demás).

En sánscrito clásico hay dos palabras diferentes –*niti* and *nyaya*– que engloban dos aspectos distintos. Las palabras *niti* y *nyaya* han sido utilizadas en muchos sentidos diferentes por los teóricos del derecho de la India antigua, pero uno de los usos principales del término *niti* es el de propiedad organizativa. Por el contrario, el término *nyaya* engloba un significado más abarcativo del concepto de justicia realizada. Desde esta perspectiva, el rol de las instituciones, por más importante que sea, es subsidiario y parcial. Por ejemplo, los teóricos del derecho de la India antigua se referían con desdén a lo que denominaban *matsyanaya*: ‘justicia en el mundo de los peces’ –una sociedad de peces en la que un pez grande podía devorarse libremente a un pez pequeño. Esto se destaca como algo a evitar, y se considera imperativo que ‘la justicia de los peces’ no invada el mundo humano. Entonces *nyaya* es a lo que deberían apuntar las instituciones sociales y normas prácticas de una sociedad, en conjunto con otros factores de influencia. La realización de la justicia en el sentido de *nyaya* no es solo una cuestión de juzgar las instituciones y reglas, sino a las sociedades mismas. Cualquiera sea la propiedad de las organizaciones establecidas, si un pez grande sigue siendo libre de devorarse a un pez pequeño, entonces hay un abuso de la justicia humana, sin importar la causa a la que se rastree esa transgresión.

En la perspectiva inclusiva de *nyaya*, hay poco espacio para los juicios como el de la famosa máxima de Ferdinand I del siglo 16: ‘*Fiat justitia et pereat mundus*’ (Que se haga justicia, aunque perezca el mundo). Si el mundo efectivamente pereciera, no habría mucho que observar desde el punto de vista de *nyaya*, pero el *niti* austero que generó el perecimiento podría defenderse con diferentes tipos de argumentos sofisticados. Esta distinción es importante, aun cuando *niti* y *nyaya* se complementan. Por ejemplo, crear muchas más escuelas para los niños en los países desaventajados en educación sería un *niti* importante, pero lo meritorio desde el punto de vista de *nyaya* es el logro de que los niños y niñas

1 Este artículo fue escrito para ABA como parte del Proyecto de Justicia Mundial de ABA, financiado por generosas subvenciones de la Fundación Bill & Melinda Gates y la Fundación William and Flora Hewlett.

2 Agradezco al Dr. Pedro Ramos Pinto y Kirsty Walker por sus valiosas sugerencias.

reciban realmente una educación y gocen de las libertades que ello implica. Asimismo, la reforma de las leyes de patentes contraproducentes para la medicina con el fin de que los medicamentos de urgencia contra las enfermedades prevenibles sean asequibles para los pobres del mundo sería una excelente salida en cuanto a *niti*, pero es la superación real de esas enfermedades (a través de la combinación de medicamentos más baratos, la investigación más orientada, una mejor distribución y utilización, y así sucesivamente) lo que exigiría la inclusión de la visión de *nyaya*.

Es fácil ver que la búsqueda de la justicia en el mundo necesitaría una gran cantidad de desarrollos institucionales y cambios organizativos a nivel global, pero subyacente a nuestro interés en el análisis institucional debe haber alguna idea de las exigencias generales de la justicia en el mundo en sí. Entónces, la distinción entre *nyaya* y *niti* es relevante para la cuestión de la justicia en el mundo.

Es posible decir algo similar acerca de nuestra concepción del 'estado de derecho' –la idea básica detrás de nuestra investigación. El desafío no se limita únicamente a asegurar que las leyes, tal como existen, se apliquen y sean obedecidas por todos, aunque estas exigencias también pueden ser muy importantes (como lo explicó célebramente en 1830 Frederick Marryat en *King's Own*: 'no puede regir un derecho para los ricos y otro para los pobres'). Pero más allá de eso, también debemos afrontar la necesidad de examinar el tipo de justicia integral (en sentido de *nyaya*) que surge de las prácticas del estado de derecho. Como señalan James Heckman, Robert Nelson y William Neukom, debemos examinar las 'preguntas normativas fundamentales acerca de qué define una buena vida y cuál es el fin último de un sistema donde impera el estado de derecho' (2007). Por lo tanto, el tema central de este trabajo es complejo y trascendental.

Filosofía política contemporánea

Por supuesto que no trabajamos dentro de un vacío intelectual, ya que estos temas han capturado la atención desde hace tiempo. También hay ricos cuerpos literarios sobre teoría de la justicia en filosofía política, jurisprudencia y filosofía jurídica, y en economía de bienestar. Esa amplia literatura es muy relevante en lo que respecta al desafío que intenta enfrentar este proyecto.

Si bien la inspiración para los trabajos contemporáneos sobre justicia se remonta a contribuciones clásicas de los baluartes de la Ilustración europea, por ejemplo, las contribuciones de Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Jeremy Bentham y Thomas Jefferson, la disciplina moderna de la teoría de la justicia ha sido más influenciada por los escritos de John Rawls, cuyo libro innovador, *A Theory of Justice*,³ ha sentado las bases para gran parte de las corrientes actuales de la teoría de justicia. Incluso los filósofos políticos contemporáneos más destacados como Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick y Thomas Scanlon (solo para nombrar algunos), quienes han propuesto formas bastante diversas de afrontar los temas identificados por Rawls en su aclamada contribución, han mostrado una fuerte tendencia a ver los requisitos de una teoría de justicia desde las coordenadas rawlseanas. John Rawls es, claramente, la influencia dominante en la filosofía contemporánea de la justicia.

Debo admitir que hasta hace muy poco tiempo, yo también tendía a coincidir sobre la centralidad de la perspectiva rawlseana de la justicia, buscando, por lo general, salidas en las diferentes respuestas a preguntas esencialmente rawlseanas. Ahora creo que esto es un grave error, a pesar de la profundidad de las ideas de Rawls y de la deuda que tenemos para con él.⁴ Creo que es muy útil examinar por qué se podría justificar un escepticismo hacia el marco básico rawlseano, y por qué hay una urgente necesidad de buscar salidas fundacionales de las teorías de justicia predominantes en la filosofía política contemporánea. Estas salidas son necesarias para la teoría de justicia en general, pero son particularmente importantes para enfrentar los desafíos de la justicia en el mundo.

Teoría de justicia rawlseana como equidad

El punto de partida de la formulación de la teoría de justicia de Rawls es su insistencia acerca de que la idea de justicia –y las instituciones requeridas para ella– deberían basarse en las exigencias de un concepto de justicia más fundacional, a saber, de la equidad. Es sobre los fundamentos de la justicia

³ John Rawls, *Theory of Justice* (Belknap Press of Harvard University Press, 1971).

⁴ El esbozo de una modalidad muy diferente a la teoría de justicia es el tema central de mi libro *The Idea of Justice* (2009).

(tal como los caracteriza Rawls) que Rawls desarrolla los principios de justicia. La equidad implica la exigencia de evitar los sesgos en nuestras valoraciones y, particularmente, la necesidad de evitar ser influenciados por nuestros respectivos intereses creados o ventajas personales. Es, en este sentido, una exigencia de imparcialidad. La explicación de Rawls acerca de la exigencia de imparcialidad hace uso de un dispositivo imaginario, al que él denomina la 'posición original'. La posición original se postula siempre como una situación de igualdad primordial, en la que los participantes desconocen sus identidades personales respectivas *dentro* del grupo en su totalidad. Deben elegir, bajo el ideado 'velo de ignorancia', qué reglas exactas deben gobernar la sociedad que están, por decirlo así, 'estableciendo'. La influencia de los intereses creados o ventajas personales se 'evita' mediante la insistencia en que las deliberaciones sobre la elección de reglas ocurran bajo un velo de ignorancia que impide a cada persona conocer sus intereses personales y deseos particulares. Así es como Rawls llega a los principios de justicia.

Los principios de justicia de Rawls, así elegidos, están dirigidos a la selección de la estructura institucional básica de la sociedad. Rawls precisa, de la siguiente forma, qué principios espera que emerjan de la 'posición original', dándole prioridad al primer principio por sobre el segundo en caso de que entren en conflicto.

'(1) Cada persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.

(2) Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones. Primero, deben vincularse con puestos y posiciones que estén abiertas para todos en igualdad de oportunidades; segundo, deben beneficiar en mayor medida a los miembros menos aventajados de la sociedad'.⁵

Se verá fácilmente que los principios de justicia, que tienen por objeto la creación de 'instituciones justas', toman la forma de requisitos organizativos específicos en sentido, principalmente, de *niti*, en lugar de juzgar a las sociedades en su totalidad, en sentido de *nyaya*. Como se verá, eso es realmente problemático, pero debo destacar que a pesar de este enfoque un tanto limitado, Rawls efectivamente brinda un análisis abundante del tipo de sociedad justa que esperamos que emerja a partir de elecciones institucionales adecuadas.

Más sustancialmente, se puede ver que los principios de justicia identificados por Rawls implican priorizar la libertad (el 'primer principio') dando primacía a la libertad máxima para cada persona con sujeción a la libertad similar para todos. Otras cuestiones de elección institucional son afrontadas a través de un conjunto compuesto de requisitos que se combinan en el 'segundo principio', pero primero se da 'prioridad a la libertad'.

Entre las características importantes de este conjunto de principios de las instituciones justas se encuentra el rol especial que Rawls reserva para los reclamos de libertad personal. Esto se prioriza por encima de las demandas del segundo principio en relación a la igualdad de ciertas oportunidades generales y de la necesidad de lograr la equidad en la distribución de otros recursos para propósito generales.

La primera parte del segundo principio concierne al requisito institucional de asegurar que las oportunidades públicas sean abiertas para todos, sin que nadie sea excluido ni perjudicado por razones, por ejemplo, de raza, etnicidad, casta o religión. La segunda parte del segundo principio (conocido como el 'principio de la diferencia') concierne la equidad distributiva junto con la eficiencia general y se materializa logrando que los miembros de una sociedad que están en las peores condiciones alcancen las mejores condiciones posibles.

Rawls analiza la imparcialidad en la distribución de recursos mediante una indexación de lo que él denomina 'bienes primarios', que son medios para propósitos generales destinados a una variedad de fines (cualquier recurso que sería, en términos generales, beneficioso para que las personas puedan obtener lo que desean, más allá de la variedad). Para Rawls, los bienes primarios incluyen tal cosa como los 'derechos, libertades y oportunidades, ingresos y riqueza, y las bases sociales para la dignidad'.⁶

5 John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993), 291.

6 Véase *supra* nota 3, pg. 60-65.

Algunas cuestiones

La teoría rawlseana de justicia ha sido una importante fuerza constructiva en la filosofía política, la economía del bienestar y la teoría legal. Si bien debo argumentar a favor de la necesidad de hacer varias divergencias radicales de la concepción rawlseana de la teoría de justicia, también debo enfatizar cuánto nuestro pensamiento acerca de la justicia se ha beneficiado del trabajo constructivo de Rawls –tanto a nivel afirmativo como dialéctico. Asimismo, también hay elementos de la teoría rawlseana que, a mi modo de ver, no pueden ser menos que centrales en cualquier teoría de justicia plausible. Por ejemplo, yo apoyaría firmemente el punto de partida elegido por Rawls, a saber, la necesidad de considerar demandas de equidad como preludeo al escrutinio de la justicia. Aunque aquí voy a sugerir que el modo en particular en que Rawls procede para caracterizar la equidad se topa con varias dificultades, concuerdo con su creencia general acerca de que las demandas rigurosas de imparcialidad deben ser incorporadas a los fundamentos de la justicia.

La disciplina de la comparación

Procedo a varios puntos críticos del marco rawlseano que resultan problemáticos. La primera pregunta es extremadamente simple pero, en mi opinión, bastante abarcativa: ‘¿qué esperamos de una teoría de justicia?’. En su análisis de la justicia, Rawls afronta la tarea principal de brindar una teoría de justicia dirigida a identificar la ‘sociedad justa’. Esto culmina en lo que se podría definir como una modalidad ‘trascendental’ de la justicia que se centra en identificar modelos sociales perfectamente justos, en vez de ofrecer una forma de comparar entre sí sociedades que no son plenamente justas (es decir, el tipo de sociedades con las que de hecho nos encontraríamos en el mundo, a fin de decidir qué deberían hacer realmente). La modalidad trascendental se remonta al menos hasta los escritos de Thomas Hobbes y su insistencia acerca de que es imposible hablar de justicia sin invocar al estado soberano, dado que es imposible satisfacer los requisitos rigurosos de una sociedad perfectamente justa sin la ayuda de una soberanía libre de obstáculos. Por lo tanto, esto está en línea con la modalidad trascendental (centrándose en lo insuperablemente justo), pero hubieron en realidad muchos otros abordajes desde la filosofía política que emergieron durante la Ilustración y que no siguieron la vía trascendental (por ejemplo, aquellos propuestos por Adam Smith, Condorcet, Mary Wollstonecraft, William Godwin, Jeremy Bentham o James Mill).⁷

No obstante, en la obra de Rawls, y en las teorías que han seguido a su identificación de los requisitos de una teoría de justicia, la atención de la filosofía política moderna ha tendido a centrarse implacablemente en hacer frente a la cuestión trascendental (y muchas veces *solo* a esa pregunta). Por el contrario, lo que podría definirse como la modalidad ‘comparativa’ se hubiera concentrado en la clasificación de los modelos sociales alternativos (es decir, en si un modelo es ‘más justo’ o ‘menos justo’ que otro, a fin de guiar nuestras acciones) en vez de concentrarse exclusivamente –o en absoluto– en la identificación de una sociedad plenamente justa. La teoría moderna de elección social adopta una modalidad robustamente comparativa.⁸ Me referiré a esto como la ‘cuestión comparativa’.

Espacio para el desacuerdo

La segunda cuestión concierne el tipo de acuerdos que han razonablemente de surgir del razonamiento público bajo condiciones de equidad (en el caso de Rawls, mediante su dispositivo de ‘posición original’). ¿Realmente se puede esperar que todas las personas en la posición original acepten algún conjunto específico de reglas –principios de justicia– como el único camino a seguir? ¿Es sensato asumir que todos nuestros desacuerdos realmente surgen a partir de nuestros intereses creados (de modo que una vez corridos estos intereses, todos arribaríamos a la misma conclusión)? ¿Es posible que algunos de nuestras diferencias se vinculan con concepciones de justicia básicamente diferentes,

⁷ En mi libro se discute la emergencia de modalidades alternativas, véase supra nota 4.

⁸ La teoría de elección social, en su forma moderna, ha sido promovida por Kenneth Arrow (1951); véase también Amartya Sen *Collective Choice and Social Welfare* (Holden-Day 1970). La prioridad analítica de la cuestión comparativa también puede verse en formulaciones tempranas de la teoría de elección social del siglo 18, particularmente en Marquis de Condorcet (véase *Marquis de Condorcet, Essai Sur L'application De L'analyse À La Pluralité Des Voix* [1785] (Chelsea Publishing Co, 1972, reimpresión facsímil del original publicado en París por Imprimerie Royale).

focalizadas en diferentes bases para la justicia? Me referiré a esto como la ‘cuestión del espacio para el desencuentro’.

Intereses individuales, parroquialismo social e imparcialidad abierta

La tercera cuestión concierne la forma en la que Rawls caracteriza las demandas de equidad. ¿De qué forma especificamos estas demandas de modo que la evaluación de la justicia y la elección de principios de justicia, bajo esas condiciones, garantice la imparcialidad necesaria? La cuestión de la imparcialidad se relaciona tanto con la eliminación de la influencia de los intereses creados en todos los ámbitos, como también con la erradicación del impacto del parroquialismo –una cuestión de cierta importancia no solo para la justicia en el mundo, sino también para la justicia local o nacional en el mundo global. Rawls confina el ejercicio de la justicia a los límites de cada sistema político de forma aislada, es decir, a groso modo, para cada estado-nación por separado. Si bien Rawls busca la equidad en el trato de todas las personas en una nación (o de ‘un pueblo’, como Rawls lo denomina colectivamente) mediante una vigorosa eliminación de los intereses creados individuales, a otros que no pertenecen a esta nación o pueblo no se les da la misma consideración.

Eso ya es problemático, pero hay aún otro problema. Concentrarse exclusivamente en la eliminación de la influencia de los intereses creados individuales, y no en la del parroquialismo basado en la comunidad, restringe aún más la búsqueda de imparcialidad y equidad dentro del marco rawlseano. Me referiré a esto como ‘la cuestión de la imparcialidad’.

Libertades y capacidades

Cuarto, dado que Rawls se concentra en la tenencia de ‘bienes primarios’ por parte de una persona (como ingresos, riqueza, etc.) como base para juzgar la ventaja general de la que él o ella goza en comparación con otros, se descuida seriamente el hecho de que las diferentes personas, por diferentes características personales o influencias de su entorno, pueden tener oportunidades de ‘conversión’ de objetos externos (como rentas y riqueza) muy amplias con respecto a sus capacidades –es decir, con respecto a qué pueden o no hacer. Una persona con tendencia a enfermarse, o que vive en un entorno epidemiológicamente riesgoso, puede beneficiarse mucho menos de una cierta renta que otra sin aflicciones similares.

Es cierto que en una etapa posterior –la ‘etapa legislativa’– de la historia rawlseana, Rawls habla acerca de la posible emergencia de provisiones especiales para satisfacer ‘necesidades especiales’ (por ejemplo, para los ciegos o para aquellos que claramente sufren de algún otro tipo de discapacidad). Esta es una buena rectificación en sí misma, pero (i) estas correcciones ocurren (cuando lo hacen) solo luego de que la estructura institucional básica haya sido establecida mediante los ‘principios de justicia’ rawlseanos (que no se ven afectados por las ‘necesidades especiales’) y (ii) aun en una etapa posterior, cuando se toman en cuenta las ‘necesidades especiales’, no se hace ningún intento por aceptar las variaciones generalizadas en oportunidades de conversión entre dos personas diferentes.

Lo trascendental contra lo comparativo

La modalidad trascendental y comparativa son bastante diferentes y, en general, ninguna de las dos se subsume dentro de la otra.⁹ Esto es una desgracia para la modalidad trascendental, dado que más allá de las demás características que podría tener sensatamente una teoría de justicia, también nos podría ayudar –para el razonamiento práctico– a realizar valoraciones comparativas de justicia, tales como: ¿cómo podemos hacer que un país, o el mundo, sea menos injusto? La búsqueda de la justicia en el mundo jamás podría materializarse de una sola vez en una sociedad perfectamente justa. A pesar de ello, el marco rawlseano, y casi todas las teorías de justicia en la filosofía política contemporánea, se dedican exclusivamente a identificar ‘lo perfectamente justo’ en vez de concentrarse de forma directa con las valoraciones comparativas.

El interés intelectual en las cuestiones comparativas acerca de la justicia, y su relevancia práctica,

9 Amartya Sen, ‘What Do We Want from a Theory of Justice?’ (2006) *Journal of Philosophy*, 103: 215-38.

son difíciles de negar. Las investigaciones acerca de las diferentes formas de hacer avanzar la justicia en una sociedad (o en el mundo) o de reducir las injusticias manifiestas que podrían existir exige la realización de juicios comparativos acerca de la justicia, para los cuales no es ni necesario ni suficiente la identificación de modelos sociales plenamente justos. Para ilustrar el contraste que esto implica, tranquilamente podría resultar que desde una perspectiva comparativa, la introducción de políticas sociales que eliminan el hambre generalizada (o eliminan el analfabetismo rampante) sea considerada ampliamente como un avance manifiesto de la justicia. Pero la implementación de estas políticas públicas igual dejaría a las sociedades en cuestión muy lejos de los requisitos trascendentales –o insuperables– de una sociedad plenamente justa (dado que la trascendencia tendría muchas otras exigencias con respecto a la igualdad de libertades, la equidad distributiva y así sucesivamente).

Para tomar otro ejemplo, la creación de un sistema de seguro médico en EE. UU. que deje a decenas de millones de estadounidenses sin ningún tipo de garantía de atención médica puede ser vista como un avance de la justicia, pero un cambio institucional de este tipo no convertiría a la sociedad estadounidense en una ‘sociedad justa’ dado que seguirían pendientes miles de otras transgresiones para remediar. Existe, claramente, la necesidad de una articulación no trascendental.

Sin embargo, podríamos preguntarnos si no necesitamos de una teoría trascendental pura para lograr una teoría intelectualmente adecuada de las valoraciones comparativas de la justicia. Parece haber una creencia bastante extendida entre muchos practicantes de las teorías de justicia rawlseanas, y otras teorías trascendentales, de que las cuestiones comparativas solo se pueden resolver con la ayuda de una identificación trascendental de una sociedad plenamente justa. No obstante, no es nada fácil ver por qué éste debería ser el caso. Es cierto que ambos abordajes son bastante diferentes y que ninguno arroja demasiada luz sobre el otro. No se puede obtener algo como la riqueza de la modalidad comparativa a partir de la identificación de posibilidades trascendentales. Por ejemplo, uno podría concluir con firmeza que Leonardo da Vinci es el mejor pintor de la historia de la humanidad, pero esto nada nos diría acerca de cómo calificar a Picasso en comparación con Braque. A la inversa, uno no necesariamente arribaría a la alternativa insuperable (o trascendental) a partir de la totalidad de nuestros juicios comparativos. Uno podría hacer un gran número de comparaciones por conjuntos, pero sería imposible abarcarlos todos. Podríamos comparar, por ejemplo, a Picasso con Braque o Dalí, y hacer otros juicios similares, y al mismo tiempo fracasar en el intento de identificar ‘el mejor de todos’ o en hacer la elección ‘absolutamente correcta’ por la incapacidad de calificar a ciertos conjuntos de alternativas, por ejemplo, Picasso con Van Gogh (si ambos compiten por el primer puesto).

Esto de ninguna manera implica restarle importancia a la inspiración que ha sido la teoría trascendental rawlseana al momento de dirigir nuestra atención a muchas cuestiones de importancia práctica, tal como el rol crítico de las instituciones sociales, el estatus especial de la libertad personal o la centralidad de la remoción de la pobreza como interés social. Sin embargo, si deseamos usar esa teoría no solo como inspiración sino también como guía para realizar juicios sobre el fortalecimiento de la justicia mediante reformas institucionales o transformaciones conductuales, por desgracia, no arribaríamos a ninguna conclusión específica a partir de la identificación de una alternativa trascendental.¹⁰

Desvinculación entre las teorías trascendentales y la justicia en el mundo

No es difícil ver que la justicia en el mundo exige muchas reformas y muchas instituciones y prácticas nuevas. Pero la mera identificación de una ‘sociedad plenamente justa’ no nos diría demasiado acerca de qué hacer para buscar el avance de la justicia en el mundo en el cual vivimos. De hecho, yo diría que la concentración en la modalidad trascendental ha tenido un efecto negativo serio sobre la discusión práctica de la justicia en general y de la justicia global en particular. Podríamos imaginar muchos cambios que manifiestamente harían avanzar la justicia en el mundo tal como la concebimos, sin que esto nos arribe a un ‘mundo plenamente justo’. No obstante, la afirmación rawlseana de que la justicia gira en torno a una sociedad plenamente justa, y que se necesita un estado plenamente soberano para aplicar los principios de justicia con sus amplios requisitos institucionales, es puro palabrerío para aquellos que se ven persuadidos por la teoría hobbsiana; y esto es consecuencia del hecho de haber

10 Esta ‘desconexión’ matemática se discute en mayor detalle en Sen 2006, *supra* nota 9.

tomado las cuestiones de justicia como exclusivamente concernientes a la justicia trascendental.

Considere la desestimación, bien argumentada, de la relevancia de 'la idea de justicia en el mundo' por el destacado filósofo político contemporáneo Thomas Nagel. Su argumento se basa en su idea de que existen fuertes exigencias institucionales, que no pueden ser satisfechas a nivel mundial en este momento, para concebir a la justicia de manera convincente. Como explica Nagel: 'Me resulta muy difícil resistirme a la afirmación hobbesiana acerca de la relación entre justicia y soberanía' y 'si Hobbes tiene razón, la idea de justicia en el mundo sin un gobierno global es una quimera'.¹¹ En el contexto global, Nagel se concentra entonces en arrojar luz sobre otras demandas, distintas de las demandas de justicia, como la 'moralidad humanitaria mínima'.¹²

También en la modalidad rawlseana, la aplicación de una teoría de justicia exige un extenso conjunto de instituciones que determinan la estructura básica de una sociedad plenamente justa. No es sorprendente entonces que el mismo Rawls abandona sus principios de justicia para la evaluar cómo concebir de la justicia en el mundo. En una publicación posterior, *The Law of Peoples*, Rawls invoca una 'segunda posición original' con una negociación equitativa entre representantes de diferentes sistemas políticos –o diferentes 'pueblos' como los denomina Rawls– que participan bajo el segundo velo de ignorancia.¹³ Sin embargo, Rawls no intenta obtener principios de justicia a partir de esta segunda posición original, y se concentra, en cambio, en ciertos principios generales de comportamiento humano.

Por lo tanto, la teoría de justicia, tal como se la formula desde esta modalidad trascendental, reduce muchas de las cuestiones más relevantes acerca de la justicia en el mundo a algo simplemente inadmisibles, cuando más necesarias parecerían ser. Esto es una pena: cuando las personas en todo el mundo luchan por obtener más justicia en el mundo, no están reclamando algún tipo de 'humanitarismo mínimo'.

Ordenamientos incompletos y uso de juicios comparativos

¿Estaré exagerando la dicotomía entre lo trascendental y lo comparativo? Lo primero puede no ser ni necesario ni suficiente para lo segundo, ¿pero no debería haber una secuencia de comparaciones por conjuntos que invariablemente nos conduzca hacia lo mejor? Esa suposición tiene cierto encanto, dado que lo superlativo podría tranquilamente ser la culminación natural de una comparación robusta. Pero eso es incongruente. Es solo dentro de una clasificación 'bien ordenada' (por ejemplo, un ordenamiento exhaustivo y transitivo de un conjunto finito) que podemos estar seguros de que una comparación por conjuntos finalmente arribaría en la 'mejor' alternativa.

Debemos, por lo tanto, preguntarnos: ¿cuán completa debería ser la valoración para constituir una disciplina sistemática de evaluación?. En lo que podría definirse como una modalidad 'totalista' que caracteriza los estándares de las teorías de justicia (incluida la de Rawls), la incompletud tiende a aparecer como un fracaso, o al menos como un signo del carácter inacabado del ejercicio. De hecho, la permanencia de la incompletud a veces es vista como un defecto de la teoría de justicia que pone en duda las afirmaciones positivas de dicha teoría. En efecto, incluso una teoría de justicia que hace lugar sistemático para la incompletud nos permite arribar a juicios posiblemente muy fuertes (por ejemplo, acerca de la injusticia de las continuas hambrunas en un mundo de prosperidad, o el sometimiento persistentemente grotesco de las mujeres) sin tener que encontrar valuaciones altamente diferentes de cada modelo político y social en comparación con todo otro modelo (por ejemplo, abordando preguntas como: ¿una tasa de impuesto sobre la renta del 39% es más o menos justa que una tasa máxima de 38%?)

He discutido en otra parte por qué una teoría sistemática y disciplinada de la evaluación normativa, incluida la valoración de la justicia social, no tomaría forma 'totalista'.¹⁴ La incompletud puede ser

11 Thomas Nagel, 'The Problem of Global Justice' (2005) 33 *Philosophy & Public Affairs*, 115.

12 *Ibid.*, 130-133, 146-147.

13 John Rawls, 'The Law of Peoples' (Harvard University Press 1999).

14 Amartya Sen, 'Consequential Evaluation and Practical Reason' (2000) *Journal of Philosophy*, 97: 477-502; véase también Sen 1970, *supra* nota 8; Sen, 'Maximization and the Act of Choice' (1997) *Econometrica*, 65: 745-79; Sen, 'The Possibility of Social Choice' (1999) *American Economic Review*, 89: 349-78; Sen, 'Incompleteness and Reasoned Choice' (2004) *Synthese*, 140: 43-60.

duradera por muchos motivos diferentes, incluidas brechas insalvables en información e imposibilidades críticas de resolución que implican consideraciones dispares que no pueden ser eliminadas del todo, aún con información completa. Por ejemplo, puede ser difícil resolver el equilibrio general de los reclamos comparativos de las consideraciones de equidad, cuando las consideraciones diferentes chocan de forma sutil. Sin embargo, a pesar de esta ambigüedad durable, todavía podemos estar fácilmente de acuerdo en que la persistencia del hambre endémico o la exclusión del acceso a servicios de salud implican una clara injusticia social, que exige reparación en forma de *avances* de justicia (o reducción de injusticia), incluso después de tomar nota de los costos que esto conlleva. Asimismo, podemos reconocer la posibilidad de que las libertades de las diferentes personas pueden, en alguna medida, chocar entre sí (de modo que cualquier afinamiento de las exigencias de igualdad de libertad puede ser difícil de comprender) y al mismo tiempo estar en fuerte desacuerdo acerca de que la tortura de un detenido constituye una violación injusta al derecho de libertad, y que las políticas públicas que permiten este tipo de trato deberían ser rectificadas de inmediato.

Hay una tercera consideración que puede funcionar poderosamente a favor de la generación de espacios políticos para la incompletud de los juicios sobre la justicia social, aun si se diera el caso de que cada persona tuviera un ordenamiento exhaustivo de otros modelos sociales posibles. Dado que una teoría de justicia implica el acuerdo entre diferentes partes (por ejemplo, la 'posición original' en el marco rawlseano), la incompletud también puede surgir a partir de la posibilidad de las diferentes personas de seguir teniendo diferencias, aún cuando concuerden acerca de muchos juicios comparativos. Incluso después de que los intereses creados y beneficios personales de alguna forma se hayan 'corrido' mediante dispositivos como el 'velo de ignorancia', pueden subsistir puntos de vista contradictorios sobre las prioridades sociales, por ejemplo, al sopesar los reclamos de necesidad contra el derecho a gozar de los frutos del trabajo de uno.

Espacio para el desacuerdo: una ilustración

Los conflictos de principios distributivos que son difíciles de erradicar pueden ilustrarse mediante un ejemplo. La ilustración concierne al problema de decidir a cuál de tres niños se le debería dar una flauta (sobre lo cual están discutiendo) –y usted debe decidir entre los siguientes reclamos. El Niño A reclama la flauta en base a que, de los tres niños, es el único que sabe tocar la flauta (los otros niegan que esto sea cierto). Si esto fuera todo lo que usted sabe, el argumento a favor del primer niño sería fuerte.

Sin embargo, el Niño B base su reclamo de la flauta en que es el único de los tres que es tan pobre que no tiene juguetes propios y que la flauta le daría algo con que jugar (los otros dos admiten que son mucho más ricos y están bien abastecidos de artículos entretenidos). Si uno solo hubiera escuchado al Niño B, sin escuchar a ningún otro niño, el argumento a su favor sería fuerte.

Por otra parte, el Niño C arguye que ha trabajado durante muchos meses para obtener la flauta con su propia labor (los otros confirman que esto es cierto), y que justo cuando había completado el trabajo, 'vienen estos extraños a quitarme la flauta'. Usted tal vez le daría la flauta al Niño C si su historia fuera la única que escuchó.

Sin embargo, habiéndolos escuchado a los tres, usted tiene un problema. Los teóricos de diferentes corrientes –utilitaria o igualitaria o libertaria– pueden creer que una resolución justa es posible en este caso, por desgracia, verían resoluciones totalmente diferentes como 'evidentemente correctas'.

El punto principal a destacar en el contexto presente es que todas las soluciones diferentes tienen fuertes argumentos a favor, y posiblemente no podamos identificar, sin algo de arbitrariedad, el argumento que debe prevalecer invariablemente. Los diferentes juicios imparciales pueden adoptar posiciones muy distintas frente a los problemas decisionales (sin relación a sus intereses creados respectivos o esperanzas de beneficios personales). Mientras que la elección en este caso es, en definitiva, un problema de prioridades en los principios de justicia, de modo que el dilema decisional refleja un problema más profundo del conflicto de los principios irrechazables que deberán ser satisfechos.

Sin embargo, en muchos casos en particular, no habrá ningún dilema decisional a resolver, aún cuando ninguna de las razones subyacentes sean rechazadas de modo similar. Podría suceder que el

niño que hizo la flauta también es el más pobre de todos o el único que sabe tocarla. También podría suceder que las privaciones sufridas por el Niño B sean tan extremas, y su dependencia sobre algo con qué jugar tan importante para garantizarle una vida plausible, que el argumento basado en la pobreza pueda dominar el juicio sobre la justicia. Podría haber una ‘congruencia circunscrita’ a pesar del peso variado que los diferentes jueces imparciales le asignan a las cuestiones en conflicto.

Rawls ha mostrado, de forma bastante convincente a mi modo de ver, por qué la libertad tiene un lugar especial que no puede ser ignorado cuando se comparan reclamos de libertad con otras consideraciones, incluso contra la evasión de la desigualdad y la pobreza. Rawls luego argumentó a favor de la prioridad absoluta de la libertad en todos los casos. Es mucho más fácil ser persuadido de esta prioridad cuando las violaciones a la libertad personal son extremadamente serias y las cuestiones de desigualdad económica no son para nada de vida o muerte. Sin embargo, cuando las trasgresiones contra la libertad son un tanto marginales y las desigualdades en juego pueden resultar en privaciones extremadamente trágicas, entonces, como argumentó Herbert Hart, filósofo jurídico de Oxford, en una famosa crítica de Rawls, el caso a favor de la prioridad invariable de la libertad sería difícil de defender.¹⁵ En sus escritos posteriores, Rawls estuvo dispuesto a hacer algunas concesiones al argumento de Hart,¹⁶ sin embargo, su teoría misma le dificultó mucho esa labor.

Imparcialidad abierta y discusión pública global

Paso ahora a la tercera cuestión, la de la imparcialidad. El rol de la imparcialidad en la evaluación de los juicios sociales y los modelos societales está ampliamente reconocida en la filosofía moral y política. Existe, sin embargo, una distinción básica entre dos modos bastante diferentes de invocar la imparcialidad. Con lo que yo denomino ‘imparcialidad cerrada’, el procedimiento de hacer juicios imparciales invoca únicamente a los miembros de una determinada sociedad o nación. El método rawlseano de ‘justicia como equidad’ usa un dispositivo de ‘contrato original’ entre ciudadanos de un sistema político dado. Ninguna persona de afuera participa de un procedimiento contractualista de este tipo ni es parte del contrato original (ya sea directamente o a través de representantes). Para los miembros del grupo focal, el ‘velo de ignorancia’ requiere que ignoren sus identidades respectivas dentro del grupo focal, y este puede ser un procedimiento efectivo para superar las parcialidades individuales dentro del grupo focal.

Sin embargo, incluso bajo el velo de ignorancia, la persona sí sabe que pertenece al grupo focal, y que no está fuera de él –de hecho, él o ella podría ser cualquier persona en ese grupo en particular– y no se insiste en absoluto acerca de la invocación de perspectivas que provengan de afuera del grupo focal. Como dispositivo de análisis político estructural, el procedimiento no se orienta a abordar la necesidad de superar los prejuicios ni el parroquialismo del grupo.

Por el contrario, en el caso de la ‘imparcialidad abierta’, el procedimiento para realizar juicios imparciales puede (y, en algunos casos, debe) invocar juicios, entre otros, de afuera del grupo focal. Por ejemplo, en el uso de Adam Smith del dispositivo del ‘espectador imparcial’, el requisito de la imparcialidad implica la invocación de juicios desinteresados de ‘todo espectador equitativo e imparcial’ que no necesariamente pertenezca al grupo focal (y, de hecho, a veces es ideal que no lo haga).¹⁷

Adam Smith estaba particularmente preocupado por escaparse de las garras del parroquialismo en la jurisprudencia y del razonamiento moral y político. En el capítulo titulado ‘De la influencia de la costumbre y la moda sobre los sentimientos de la aprobación y la desaprobación moral’, Smith brinda varios ejemplos de cómo las discusiones confinadas dentro de una sociedad dada pueden quedar atrapadas dentro de una concepción seriamente estrecha.

‘... el asesinato de niños recién nacidos era una práctica permitida en casi todos los estados de Grecia, incluso entre los atenienses educados y civilizados; y siempre que las circunstancias de los padres prestaban inconvenientes para la crianza del niño, abandonarlo para que muriera de hambre o fuera devorado por animales salvajes era considerado irreprochable y no era digno de censura...

15 H L A Hart, ‘Rawls on Liberty and Its Priority’ (1973) *Univ. of Chicago Law Review*, 40: 534-55.

16 John Rawls *Political Liberalism* (Columbia Univ. Press 1993).

17 Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (Clarendon Press 1976).

La costumbre había generalizado tanto esta prerrogativa bárbara que no solo era tolerada por las máximas flojas del mundo, sino por la doctrina filosófica, que debía ser más justa y correcta, pero que en cambio se dejó llevar por la costumbre establecida y frente a ella, como frente a muchas otras costumbres, en vez de reprobado este horrible abuso lo justificaba con consideraciones inverosímiles de utilidad pública. Aristóteles se refiera a ella como algo que los magistrados debieran en muchas ocasiones fomentar. Platón comparte la misma opinión y, con todo ese amor por la humanidad que parece animar todos sus escritos, en ningún lado desaprueba de esta práctica'.

(*Ibid.*: V.2.15, 210)

La insistencia de Adam Smith de que debemos 'entre otras cosas' ver nuestros sentimientos desde 'una cierta distancia de nosotros mismos' está, por lo tanto, motivada por el objeto de examinar no solo la influencia de los intereses creados, sino también el impacto de la tradición y la costumbre arraigada. Mientras el ejemplo de infanticidio de Smith, lamentablemente, sigue siendo relevante en algunas sociedades actuales, muchos otros de sus ejemplos guardan relevancia en otras sociedades contemporáneas. Esto se aplica, por ejemplo, a la insistencia de Smith acerca de que 'los ojos del resto de la humanidad' deben ser invocados para comprender si 'un castigo parece equitativo'.¹⁸ A la 'distancia', el escrutinio puede ser útil para prácticas tan diferentes como la lapidación de las mujeres adúlteras en el Afganistán por parte de los talibanes, el aborto selectivo de fetos femeninos en China, Corea y partes de Asia del Sur,¹⁹ y el uso abundante de la pena de muerte en China, Singapur, o para el caso en algunas partes de EE.UU. (con o sin la oportunidad para el júbilo celebratorio del público).

Si bien no es probable que pronto tengamos un estado global o una democracia global, el énfasis de Smith sobre el uso del espectador imparcial tiene implicancias inmediatas sobre el rol de la discusión pública global en el mundo contemporáneo, para llegar a algunos juicios comparativos importantes. El diálogo global, que yo considero central para la justicia en el mundo, hoy nos llega no solo mediante instituciones como Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio (OMC), sino más ampliamente por los medios, las agitaciones políticas, el trabajo comprometido de organizaciones de la sociedad civil y muchas ONG, y del trabajo social que se basa no solo en las identidades nacionales, sino también en otras similitudes, como movimientos sindicales, operaciones de cooperación o actividades feministas.

Bienes primarios contra capacidades

Procedo, finalmente, a la pregunta de la capacidad. Al comparar la relativa ventaja entre dos personas al aplicar el Principio de Diferencia de Rawls, el autor nos dirige a proceder sobre la base de la tenencia de bienes primarios de estas respectivas dos personas. Pero se centra en el control de los recursos para fines generales, y no en la capacidad real de la persona de hacer esto o aquello. En una serie de contribuciones, la modalidad rawlseana de centrarse en los bienes primarios ha sido bastante cuestionada en los últimos años por la perspectiva alternativa de lo que se conoce como la 'modalidad de la capacidad'.²⁰ Desde esa perspectiva, la capacidad real de una persona de hacer las distintas cosas que le resultan valiosas tiene un rol central. Estos logros en la vida humana (como estar bien nutrido, evitar la mortalidad prematura, tomar parte en la vida de la comunidad, y así sucesivamente) se conocen como funcionamientos humanos. Debemos concentrarnos en aquellos funcionamientos que valoramos y tenemos razones para valorar, y concentrarnos específicamente en la capacidad de una persona de lograr una determinada combinación de funcionamientos valorados. Todas las combinaciones factibles de funcionamientos se conocen como el conjunto de capacidad de la persona, y sobre esto se concentra la modalidad de la capacidad.

18 Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, R L Meek, D D Raphael y P G Stein (ed.) (Clarendon Press 1978; reimpresso por Liberty Press 1982), 104.

19 Véase, por ejemplo, Amartya Sen, 'The Many Faces of Gender Inequality' (2001) *The New Republic*, 17 de septiembre de 2001.

20 Véase, por ejemplo, Amartya Sen, *Commodities and Capabilities* (North-Holland 1985); y M C Nussbaum y A Sen, *The Quality of Life* (Clarendon Press 1993). Hay una gran cantidad de literatura y una amplia participación activa en la investigación de este tema, y otros relacionados, en muchos países diferentes del mundo, con reuniones periódicas organizadas por la Human Development and Capability Association (HDCA).

Mediante este procedimiento elemental, la modalidad de la capacidad se concentra en la vida humana y no solo en algún objeto aislado que le resulte conveniente, como la renta o los *commodities* que una persona pueda tener, lo cual suele ser el criterio que se asume para medir el éxito humano. Dado que la modalidad basada en la renta es bastante estándar en la economía en particular, la modalidad basada en la capacidad propone un cambio –un fuerte alejamiento– de la concentración en los *medios* de vida hacia las *oportunidades reales* de vida.

No es difícil ver el razonamiento que subyace a la concepción según la cual ha de haber un alejamiento a favor de la posibilidad de marcar una diferencia importante –y constructiva. Por ejemplo, si una persona percibe rentas elevadas pero al mismo tiempo es propensa a enfermedades crónicas (por razones hereditarias, adquiridas o ambientales), entonces esa persona no necesariamente debe ser vista como aventajada en base únicamente a sus elevados ingresos. Seguramente tendrá un medio o más para vivir bien (es decir, altas rentas), pero enfrenta mucha dificultad para traducir esas rentas a términos de buen vivir (es decir, vivir de una forma que le pueda ser valiosa) dadas las adversidades de la enfermedad o discapacidad física. Debemos mirar, por lo contrario, a la medida en que puede realmente lograr, si así lo desea, la salud y el bienestar, y de hacer muchas de las cosas que considera valiosas.

Comprender que los *medios* para una vida humana satisfactoria no son en sí mismos *fin*es de buen vivir nos ayuda a extender de modo trascendente el alcance del ejercicio valorativo, especialmente en lo que respecta a la paz en el mundo. Asimismo, el uso de la perspectiva de la capacidad nos ayuda en el intento de lograr esto.

Es importante destacar que la modalidad de la capacidad se concentra no solo en lo que la persona efectivamente termina haciendo, sino también en lo que en verdad es capaz de hacer, más allá de si él o ella decide aprovechar esa oportunidad. Por ejemplo, en términos de desnutrición, una víctima de hambruna puede estar igual de carenciada de alimentos y de nutrición que una persona que ayuna voluntariamente por razones políticas o religiosas (a pesar de tener la capacidad de comprar y consumir suficientes alimentos). Su desnutrición manifiesta puede ser muy similar, pero la capacidad de estar bien nutrida de la persona aventajada que elije ayunar (sí, en cambio, decide nutrirse) es mucho mayor que la de la persona que sufre el hambre de forma involuntaria debido a la pobreza o la destitución. La idea de capacidad se orienta entonces hacia las libertades y oportunidades (a saber, la capacidad de vivir el tipo de vida que las personas tienen motivos para valorar), en lugar de concernirse únicamente con un tipo de vida en particular que una persona decide vivir.

Justicia en el mundo y estado de derecho

Este capítulo se ha concentrado en el vínculo entre la concepción de la justicia y la naturaleza de la sociedad y el tipo de oportunidades y libertades que las personas, no solo las instituciones y las prácticas, realmente tienen (de las instituciones y prácticas también, pero no centralmente). En este sentido me he concentrado en *nyaya*, y no únicamente en *niti*. Suceden cosas terribles en el mundo en que vivimos –desde el analfabetismo y el hambre a la tortura y la violencia. Surgen a partir de una variedad de causas, que demandan investigación, pero el test definitivo del éxito no es si las reglas o instituciones que podemos diseñar son plausibles, sino en qué oportunidades, qué capacidades reales tienen las personas en el mundo en que vivimos en base a todas las fuerzas que influyen sobre una sociedad.

Para finalizar, he argumentado en contra de darle a la teoría de la justicia una forma trascendental, que se preocupa únicamente por la caracterización de ‘la sociedad justa’. Tenemos motivos para tratar de afrontar tantas cuestiones relativas a la valoración comparativa como nos sea posible. Puede haber acuerdo sobre muchos temas centrales de justicia en el mundo mientras subsisten las diferencias y desacuerdos sobre otros. Cuando Adam Smith y Condorcet abogaron por la abolición de la esclavitud o la educación pública gratuita para todos, incluidas las mujeres, no afirmaban que estos cambios harían que el mundo fuera plenamente ‘justo’, sino meramente *más justo*, de manera identificable, que el mundo que veían a su alrededor. Una perspectiva comparativa que hace uso de las clasificaciones incompletas (con la disciplina de usar órdenes parciales que la teoría de la elección social moderna ha explorado extensamente) tiene mucho más para ofrecer a la concepción de estas exigencias de justicia

en el mundo (en términos estrictos, la eliminación de la injusticia en el mundo) que la modalidad trascendental de Hobbes y Rawls, que está forzada a abstenerse de hacer juicios sobre justicia mundial para concentrarse, en cambio, en la pomposa característica del ‘humanitarianismo mínimo’.

También he argüido en contra de la consideración de la cuestión de la imparcialidad en términos fragmentados que únicamente se aplican dentro de estados-naciones sin jamás cruzar ninguna barrera. Esto es importante no solo por ser lo más inclusivo posible en nuestra concepción de la justicia en el mundo, sino también por su tendencia a evitar los peligros del parroquialismo local contra el cual nos advirtió Adam Smith hace más de dos siglos. De hecho, el mundo contemporáneo nos ofrece muchas más oportunidades para aprender los unos de los otros, y parece una pena confinar la teorización de la justicia a los límites artificialmente impuestos de los estados-naciones. Esto no solo se debe a que (como se indica en la misma cita de Martín Luther King que se encuentra al comienzo de este artículo) ‘la injusticia en cualquier parte es una amenaza a la justicia en todas partes’ (aunque esto también es inmensamente importante); sino también a que debemos tomar conciencia de cómo nuestro interés en los demás se ha incrementado en todo el mundo, junto con nuestros contactos y comunicación creciente.

Ya por los años 1770, David Hume había destacado la importancia del intercambio incrementado para la expansión del alcance de nuestro sentido de justicia. Él lo había expresado en los siguientes términos:

‘... supongamos nuevamente que varias sociedades diferentes mantienen algún intercambio basado en la conveniencia mutua y la ventaja, los fronteras de la justicia se expanden aún más, en proporción con la grandeza de las perspectivas humanas, y la fuerza de sus conexiones mutuas. La historia, la experiencia y la razón nos instruye suficientemente en este progreso natural de los sentimientos humanos, y en la aplicación gradual de nuestras consideraciones acerca de la justicia, en proporción con la medida con que llegamos a conocer la amplia utilidad de esa virtud’.²¹

La búsqueda de la justicia en el mundo es un desafío central en el mundo actual, no solo porque nuestras vidas están interconectadas, sino porque la presencia misma de nuestras interconexiones nos hace interesarnos por los demás, e involucrarnos inevitablemente con ellos. El ‘progreso natural de los sentimientos humanos’ y ‘la aplicación gradual de nuestras consideraciones acerca de la justicia’ que identificó David Hume en los años 1770 persisten en el siglo XVIII.

21 David Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals* (2a ed., Open Court Publishing Company, 1966), 25.

Capítulo 5

Imperativo de Realinear el Estado de Derecho Para Promover la Justicia¹

Livingston Armytage²

Introducción

La justicia es fundamental para el bienestar humano y central para cualquier noción de desarrollo.

En este artículo, critico la modalidad global de promover el 'estado de derecho' mediante asistencia oficial para el desarrollo –ayuda externa– (ODA, por sus siglas en inglés) durante los últimos 50 años. Durante este periodo, las agencias para el desarrollo han gastado miles de millones de dólares en todo el mundo para apoyar reformas que enfrentan los desafíos de mejorar el estado de derecho para todas las personas, especialmente las personas pobres sin poder, a quienes habitualmente se les deniega la justicia mediante la impunidad, corrupción, el abuso de poder y la denegación de derechos. Pero los resultados de estos esfuerzos han sido, por lo general, decepcionantes y a veces lúgubres.

Como se evidenció recientemente, la CFG ha afectado de forma particular a las personas pobres de los países en desarrollo, quienes son desproporcionalmente vulnerables a la injusticia y a las dificultades económicas. El bienestar cívico de los pobres y su acceso a oportunidades equitativas están bajo una creciente presión en los momentos de crisis financiera.

Los esfuerzos internacionales por promover la justicia y el estado de derecho tradicionalmente no han podido abordar estos problemas de forma efectiva –y en este sentido, el desarrollo del estado de derecho está al borde del fracaso. En su esencia, el reto pendiente del desarrollo es abordar las crecientes preocupaciones sobre la equidad y la distribución.

Sobre la base de la investigación y la nueva evidencia basada en Asia y publicada en *Reforming Justice: A Journey to Fairness in Asia*,³ mi argumento es que hay un imperativo inmediato de reposicionar a la justicia en un lugar más central en las cambiantes nociones de desarrollo equitativo. Esto requerirá que la comunidad internacional vuelva a alinear sus esfuerzos para promover la justicia como imparcialidad y equidad.⁴

1 Este artículo extrae y adapta argumentos de L Armytage, *Reforming Justice: A Journey to Fairness in Asia*, (Cambridge University Press, 2012). www.cambridge.org/gb/knowledge/isbn/item6658411/Reforming%20Justice/?site_locale=en_GB.

2 Livingston Armytage, The Centre for Judicial Studies, Sidney

3 *Ibid.* 1.

4 En este artículo, me concentraré en particular en la falta de una teoría convincente con la cual justificar el propósito de promover reformas del 'estado de derecho'. En el libro, me explayo más y examino la falta de consenso acerca de cómo evaluar el éxito, que se desprende, en parte, de esta confusión sobre el propósito. Estos argumentos se apoyan sobre tres estudios de caso destallados de Asia-Pacífico. Ofrezco dos soluciones para hacer frente a estas deficiencias: primero, el propósito de la reforma judicial debería ser la promoción de la justicia como imparcialidad y equidad. Segundo, el éxito debería medirse con los marcos existentes de la ley.

El estado de derecho en el desarrollo internacional

En este artículo sostengo que el estado de derecho y la reforma judicial deben realinearse de forma tal de promover una justicia que, en esencia, conste de la promoción de la imparcialidad y la equidad. Esta es una preocupación fuerte y apremiante, que no es ni abstracta ni idealista, para los juristas abocados a la reforma.

Este argumento se centra principalmente en la reforma de la justicia en términos de derechos que han sido asignados por ley –es decir, en sentido jurídico– y no en el sentido ejecutivo de la asignación de intereses políticos. Si bien la justicia es, claramente, un bien tanto político como jurídico, me concentro primero en las reformas que ayudan al poder judicial del Estado –es decir, los tribunales, jueces y personal relevante– para adjudicar el derecho y administrar la justicia y, luego, más ampliamente en el desarrollo en sí.

Existen infinitos ejemplos de injusticias que plagan las vidas de las personas, más recientemente debido a la CFG. Demasiado a menudo los esfuerzos de reforma han ignorado estas injusticias en los países en desarrollo. Un análisis de la historia de la práctica del desarrollo revela que la reforma judicial, por lo general, ha intentado aliviar la pobreza mediante la promoción del crecimiento económico, la buena gobernanza y la seguridad pública. Estos son sin duda objetivos dignos. Pero la evidencia de esta práctica nos muestra que el éxito ha sido elusivo. Esto no significa que estas reformas hayan fracasado en todo aspecto, sino que la reforma judicial no ha funcionado tan bien como se esperaba, según lo indica el creciente coro de voces decepcionadas en la literatura especializada. La iniciativa de reforma judicial ha estado mal dirigida. La crítica central de este artículo es que estos esfuerzos sufren de deficiencias conceptuales, empíricas y políticas de base. Las modalidades existentes se basan en teorías inadecuadas, evidencia selectiva y evaluación insuficiente. Si se realinearán los esfuerzos de reforma para concentrarse en la promoción de la justicia, se incrementaría la posibilidad de lograr una mejora mensurable en todos los aspectos del bienestar social.

El objetivo del desarrollo es promover el bienestar cívico, lo cual se suele formular en términos de reducción de pobreza. Para lograr este objetivo, la reforma judicial debe promover la justicia porque la justicia es tanto fundacional como constitutiva del bienestar social. El desarrollo de la justicia implica la imparcialidad y la equidad. Implica el ejercicio de derechos, que son la asignación política de los intereses contenidos en el derecho. En este sentido, la reforma de la justicia se preocupa principalmente con permitir el ejercicio de derechos o derechos cívicos. Estos derechos están contenidos en la ley, ya sea a nivel internacional, nacional o consuetudinario. La mensura del éxito de estas reformas se puede demostrar a través de las mejoras visibles en el acceso y ejercicio de estos derechos.

Un análisis de la decepcionante experiencia de las agencias para el desarrollo en la promoción del estado de derecho indica que hay actualmente un imperativo para realinear su modalidad de políticas públicas e invertir en la reforma judicial con el fin de promover la justicia –es decir, de promover resultados que sean más imparciales y justos, en vez de concentrarse en el crecimiento económico. Al promover la justicia, las oportunidades para el crecimiento económico y otros beneficios mejorarán. En una sociedad justa, hay acceso equitativo a los derechos, entre ellos, las oportunidades para el bienestar económico, el gobierno responsable y la seguridad pública. Es crucial que la promoción de la justicia sea un objetivo del desarrollo, donde el bienestar económico puede ser visto como una consecuencia del desarrollo equitativo, como medio para su promoción. Esta idea puede no ser radical para un lector lego, pero requerirá de un cambio de paradigma para las agencias para el desarrollo que han considerado a la justicia como un instrumento para el crecimiento económico acumulativo y han permanecido indiferentes a las inquietudes que se han planteado hasta el momento acerca de la distribución.

Contexto

Un panorama de la historia de la promoción del estado de derecho y, más específicamente, de la reforma judicial, en los últimos 50 años nos indica que ha crecido a partir de comienzos modestos para convertirse en una iniciativa incrementalmente sustancial, aunque todavía algo exploratoria. Esta

historia comienza luego de la reconstrucción posterior a la guerra, y abarca el período poscolonial de la construcción del Estado, el deshielo de la Guerra Fría que desemboca en la democracia y la era del ‘Consenso de Washington’ de mercados libres y ajustes estructurales, hasta el periodo actual de globalización. Se trata de un periodo de cambios significativos en la política mundial y el desarrollo económico, que vio incrementos masivos en la ayuda judicial como un nicho para la asistencia al desarrollo internacional.

Aunque se trate de un nicho –representando cerca del dos por ciento de la asistencia oficial para el desarrollo–, la reforma judicial y legal ha crecido rápida y sustancialmente en los últimos 50 años –en unas cien veces en total.⁵ Algunas cifras son reveladoras. Según Carothers, la asistencia se ha ‘proliferado’ en los años recientes, convirtiéndose en una importante categoría de la ayuda internacional.⁶ Hammergren destaca que la asistencia de los tribunales comenzó en América Latina en los años 1960 y representó cientos de miles de dólares, alcanzando los US\$5 millones para mediados de los años 1990.⁷ Biebesheimer informa que para el 2001 el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) había llevado adelante unos 80 proyectos en 21 países de América Latina, valuados en unos US\$461 millones. Durante los años 1990, se calcula que el Banco Mundial, el BID y el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD) habían invertido casi mil millones de dólares estadounidenses en América Latina.⁸ En 2001–2002, participé de la implementación de un único préstamo para la justicia del Banco Asiático de Desarrollo por un valor de US\$350 millones.⁹ En 2006, los préstamos globales del Banco Mundial para el derecho, la justicia y la administración pública eran de US\$5,9 mil millones.¹⁰ Para el 2008, según estimaciones de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (OIDD), se asignaron US\$2,6 mil millones en ayuda para el desarrollo legal y judicial por parte, principalmente, de donantes bilaterales, representando un aumento ‘extraordinario’ de los US\$1,7 mil millones que se habían invertido a nivel global en 2007 y los US\$841,5 mil millones que se habían invertido en 2006.¹¹ Más allá de cómo se lo mida, se trata de un aumento sustancial.

Un análisis de esta historia revela patrones de crisis, fragilidad, crecimiento y estabilidad que proveen algún tipo de explicación acerca de qué impulsa la reforma judicial en sus diferentes representaciones. A lo largo de este periodo, la economía política global –la crisis de la deuda de principios de los años 1980, el fin de la Guerra Fría en 1992 y la crisis económica global de mediados a fines de los años 1990, y más recientemente los acontecimientos del 11 de septiembre– brindó el contexto para una gran sensación de incertidumbre, inestabilidad y, sobre todo, la ‘amenaza’ al orden económico global estadounidense. En este contexto, la promoción del ‘estado de derecho’ parecía ser parte de un conjunto de acciones diseñadas para infundir una sensación de certeza, no solo en los contratos legales, sino en los niveles más altos de la elaboración de políticas globales. En cierto sentido, esta reforma potenciaba la hegemonía de Estados Unidos en su orientación liberal general. Esta perspectiva histórica nos brinda un marco para exhibir el trabajo de dos de las principales agencias para el desarrollo, a saber, la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) y el Banco Mundial, como ejemplares de la reforma. Cada una de ellas constituye una de las agencias bilaterales y multilaterales más grandes y de mayor trayectoria en la reforma judicial.

5 Según datos de la OCDE, se estima que la reforma judicial y legal puede representar cerca del dos por ciento de la ODA, lo que representa US\$2,6 mil millones de los US\$119 mil millones totales designados a ODA, véase *infra* nota 23. En 2009, la ODA neta total proveniente del Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE (OCDE-CAD) tuvo un leve incremento en términos reales (+0,7%) hasta alcanzar US\$119,6 mil millones; OCDE 2010a.

6 T Carothers, *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*, (Carnegie Endowment for International Peace 2006), 10.

7 L Hammergren, ‘Latin American Experience with Rule of Law Reforms and its Applicability to Nation Building Efforts’ (2006) 38 *Case Western Reserve Journal of International Law* 63-93; Banco Mundial, *World Development Report 2002* (2002a) Washington, DC, 34 y 55; R Messick, ‘Judicial reform: the why, the what and the how’ artículo de la conferencia, 15–17 de marzo de 2002, Marrakech.

8 P DeShazo, y J Vargas, ‘Judicial reform in Latin America: an assessment’ (2006) documentos de política sobre las Américas, xvii, estudio 2, Center for Strategic and International Studies, Washington, DC, 1; C Biebesheimer, y M Payne, *Inter-American Development Bank experience in justice reform: lessons learned and elements for policy formulation* (IADB 2001), 3; L Bhansali y C Biebesheimer, ‘Measuring the impact of criminal justice reform in Latin America’ (2006) en T Carothers (ed.), 303.

9 Véase *supra* nota 1.

10 Banco Mundial, *Annual report* (2006b) Washington, DC, citado en Harris 2007.

11 OIDD (Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo), *Legal and judicial development assistance: global report* (2010) Roma, 4 y 11.

La reforma judicial ha evolucionado a lo largo de este periodo. Para Trubek y Santos esta evolución comprende tres iteraciones o momentos. El primer momento emergió en los años 1950–1960s, cuando las políticas públicas para el desarrollo se concentraban en el fortalecimiento del rol del Estado en el manejo de la economía, cuando el derecho era visto como un instrumento para la intervención estatal efectiva en la economía. En el segundo momento, en los años 1980, el derecho se corrió al centro de las políticas públicas del desarrollo, bajo la influencia de los ideales neoliberales que destacaban el rol primario de los mercados en el crecimiento económico, limitando el poder del Estado. Luego disciernen un tercer momento, que está todavía en su etapa formativa y contiene una mezcla de ideas, por ejemplo, que los mercados pueden fallar y ello conlleva a la intervención compensatoria del Estado, donde el desarrollo implica algo más que el mero crecimiento económico y debe ser redefinido a fin de incluir la libertad humana. El rol de la reforma judicial y legal se modificó profundamente durante este periodo dentro del cambiante contexto político y económico del desarrollo y la visión dinámica del rol del Estado en el apoyo del mercado.¹²

El estudio de dos actores del desarrollo es revelador con respecto a lo que resulta característico y distintivo de las modalidades para la promoción del estado de derecho. USAID y el Banco Mundial sirven como ejemplos de esta iniciativa en términos de liderar el campo y la extensión del apoyo. Si bien sus modalidades varían, el análisis revela que sus reformas han adquirido una ortodoxia que se ha concentrado principalmente en la promoción de nociones de reforma ‘estrechas’ o procedimentales – distintas de los las sustantivas, cualitativas o ‘robustas’, normativas y basadas en valores. Estas reformas, por lo general, se han orientado al mejoramiento de la eficiencia de la función judicial y la administración de justicia dentro de un sector formal del Estado, destacándose, por ejemplo, la reducción de retrasos. Su lógica fundacional se ha basado más comúnmente en la reforma judicial como medio para apoyar el crecimiento económico. A lo largo de los últimos 20 años, en particular, esta lógica ha colocado a la reforma judicial en un rol instrumental para proteger las instituciones de la propiedad y el contrato como medios para la promoción del modelo de crecimiento económico neoliberal (Estado pequeño/libre mercado). Este modelo se asocia con el Consenso de Washington, ahora ampliamente desacreditado. Esta modalidad instrumental de la reforma subsiste y ha sido conceptualizada de diversas maneras. Más recientemente, la noción de promoción de la buena gobernanza mediante la rendición de cuentas ha surgido en el discurso de la ciencia política. Las lógicas más recientes para la reforma buscan promover la paz, la seguridad y el empoderamiento civil. En síntesis, ha habido una amplia variedad de justificaciones para la reforma judicial con representaciones económicas, políticas, sociales y humanísticas diferentes. A veces estas justificaciones son fusionadas, pero ocasionalmente compiten entre sí.

La modalidad de USAID

La etapa actual de la reforma judicial comenzó con la asistencia estadounidense para la reforma latinoamericana durante el movimiento de ‘derecho y desarrollo’ de los años 1960.¹³ La hipótesis principal del movimiento del derecho y desarrollo era que el derecho era clave para el proceso de desarrollo. También se creía que el derecho era un instrumento que podía ser usado para reformar a la sociedad y que los abogados y jueces podían servir como ingenieros sociales.¹⁴ El objetivo principal del movimiento de ‘derecho y desarrollo’ era, según Trubek y Galanter, transformar la cultura jurídica mediante la enseñanza del derecho y trasplantar instituciones y leyes ‘modernas’ y selectas, con énfasis en el derecho económico o comercial y la capacitación de abogados comerciales pragmáticos. Para ellos el movimiento se sostenía sobre cuatro pilares, todos los cuales posteriormente se derrumbaron. Estos pilares eran: una estrategia de reforma cultural y trasplante; una modalidad de reforma *ad hoc* en base a hipótesis teóricas simplistas; fe en los derrames desde la economía a la democracia y los derechos humanos; y una estrategia de desarrollo que destacaba la sustitución de importaciones liderada por

12 D Trubek y A Santos, *The new law and economic development: a critical appraisal* (Cambridge University Press 2006), 7.

13 D Trubek, y M Galanter, ‘Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States’ (1974) 4 *Wisconsin Law Review* 1062–1102; H Blair y G Hansen, ‘Weighing in on the scales of justice: strategic approaches for donor-supported rule of law programs’, *USAID Program and Operations Assessment Report No 7* (USAID 1994).

14 R Messick, ‘Judicial reform and economic development: a survey of the issues’ (1999) 14,1 *World Bank Research Observer* 117–136, 125.

el Estado. Esta fuerte crítica a la modalidad hegemónica de USAID influyó sobre la decadencia del movimiento durante algunos años.¹⁵

En la cambiante economía política de la crisis latinoamericana de la deuda, la reforma judicial fue reformulada en los años 1980 como parte de un programa más grande de reformas judiciales, generalmente como un componente del denominado ‘ajuste estructural’. Este término describía los cambios en políticas públicas fiscales y monetarias que fueron implementados por el FMI y el Banco Mundial para brindar ayuda a los países en desarrollo y promover la retirada del Estado de la economía. Estos cambios en las políticas públicas consistían de condiciones o condicionalidades para la asistencia financiera a fin de asegurar que el dinero fuera invertido de la manera designada en función de la reducción de los desequilibrios fiscales del país. En general, estos préstamos promocionaban los programas de ‘libre mercado’ orientados a la reducción de la pobreza mediante la promoción del crecimiento económico, generando rentas y amortizando la deuda.

A medida que pasaban los años, crecía el desencanto debido al fracaso visible de la condicionalidad de ‘ajustes estructurales’, el cual fue reformulado, en su debido tiempo, a principios de los años 1990 y surgió como lo que hoy se conoce con el nombre de ‘Consenso de Washington’, un término atribuido a Williamson.¹⁶ Este connota una modalidad de desarrollo basada en una tríada de políticas públicas neoliberales de ‘libre mercado’ que consistían de la privatización, rectitud fiscal y desregulación. La devoción del FMI, el Banco Mundial y el Tesoro de EE.UU. hacia estas políticas –que ahora están ampliamente desacreditadas– fue intrínsecamente hegemónica. El lenguaje del ‘ajuste estructural’ se transformó en un nuevo discurso de reducción de pobreza, que incrementalmente se fue convirtiendo en la razón de ser del desarrollo, principalmente después de la ‘Crisis financiera asiática’ en 1997/8.¹⁷ A los países en desarrollo ahora se los alentaba a diseñar estrategias para la reducción de la pobreza, que se dirigían a incrementar la participación local y lograr una mayor apropiación. Muchos analistas, como Porter, argumentaban que el discurso de reducción de pobreza de los años 1990 era poco más que un ajuste estructural ‘de arrastre’, refiriéndose a su falta de resultados y exclusión descendente de la participación.¹⁸

Durante este periodo, un análisis de la historia de la modalidad de USAID hacia la reforma judicial revela que fue servida de aperitivo para apoyar las mejoras basadas en la eficiencia de los tribunales penales y la independencia judicial dentro de un menú más amplio de aseguramiento de la función del Estado de mantener el orden y el desarrollo económico. Esta modalidad se apoyaba en un abordaje particular hacia el estado de derecho y se asociaba con la promoción de nociones democráticas de buena gobernanza.

Luego de algunos años, EE.UU. retomó su compromiso con la reforma judicial y legal en El Salvador en 1981 para ayudar al gobierno democrático a procesar los abusos a los derechos humanos. El contexto económico y político da cuenta de por qué con la asistencia de USAID se buscaba avanzar el desarrollo democrático exponiendo las violaciones a los derechos humanos, aumentando el acceso a la justicia, fortaleciendo las instituciones del sector de la justicia y disminuyendo la impunidad. Esto se debía tanto a las condiciones políticas, sociales y económicas de la región como al estado de debilitamiento crónico que en ella sufrían los poderes judiciales; los cuales, según Hammergren, eran instituciones ‘Cenicienta’ de gobierno.¹⁹ Según Biebersheimer, esta segunda ola de reforma de la justicia se propagó ‘como un incendio’ por América Latina, concentrándose por lo general en la reforma de la justicia penal vinculada tanto a las instituciones democráticas como a los programas de

15 Véase *supra* nota 13; D Trubek, ‘Law and development: then and now’ (1996) American Society of International Law Proceedings, 90: 223–226; Trubek ‘The ‘rule of law’ in development assistance: past, present and future’ (2003) disponible en www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/RuleofLaw.pdf; J Merryman ‘Comparative law and social change’ (1977) American Journal of Comparative Law, 25: 457–491.

16 Williamson, J, ‘What Washington means by policy reform’ en Williamson J, Latin American adjustment: how much has happened (Institute of International Economics 1990 (actualizado 2002)) 5–20 www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486.

17 Véase discusión *supra*, nota 38 en adelante.

18 D Craig, y D Porter, *Development beyond neoliberalism: governance, poverty reduction and political economy* (Routledge 2006), 5 y 63–94.

19 L Hammergren, ‘International assistance to Latin American justice programs: towards an agenda for reforming the reformers’, (2003) en Jensen y Heller (ed.) 290–335.

crecimiento económico de la región.²⁰

El mantra de consolidación de la independencia judicial se convirtió en el punto central de la asistencia de USAID en ese momento, que yacía en el corazón de un poder judicial que funciona bien y era la piedra angular de una sociedad democrática basada en el ‘estado de derecho’:

‘Si no se puede contar con el poder judicial para decidir casos de forma imparcial y de conformidad con la ley, sin basarse en presiones e influencias externas, su rol se distorsiona y la confianza del público en el gobierno se ve socavada. En sociedades democráticas y basadas en el mercado, los poderes judiciales independientes e imparciales contribuyen al equilibrio de poder equitativo y estable dentro del gobierno. Protegen los derechos individuales y preservan la seguridad de las personas y la propiedad. Resuelven disputas comerciales de forma predecible y transparente de modo de alentar la competencia equitativa y el crecimiento económico. Son la clave para luchar contra la corrupción pública y privada, reducir la manipulación política e incrementar la confianza del público en la integridad del gobierno’.²¹

Con una estrategia relacionada a la anterior, USAID desarrolló una modalidad anti-corrupción como parte de sus estrategias más amplias de gobernanza, que se concentraba en el fortalecimiento de la capacidad de los tribunales de servir como mecanismos para la rendición de cuentas y fortalecer la integridad del poder judicial. USAID define la corrupción de la siguiente manera:

‘[E]l abuso de la función pública para el beneficio privado... La corrupción representa un serio desafío para el desarrollo. En el espectro político, socava la democracia y la buena gobernanza subvirtiendo los procesos formales... La corrupción también socava el desarrollo económico generando considerable distorsión e ineficiencia... y genera distorsiones económicas en el sector público desviando la inversión pública desde la educación hacia proyectos de capital en donde los sobornos y las comisiones ilegales abundan... Estas distorsiones desalientan la inversión y reducen el crecimiento económico’.²²

Para los años 1990, USAID había expandido su apoyo a la reforma judicial y legal hacia las economías transicionales europeas pos-soviéticas en lo que se conoció como ‘el renacimiento del estado de derecho’.²³ Esta frase se apoyaba en lo que Carothers describe como la ortodoxia de dos axiomas dominantes: que el ‘estado de derecho’ es necesario para el desarrollo económico y que lo es también para la democracia.²⁴ Define al estado de derecho como:

‘Un sistema en el que las leyes son de conocimiento público, claras y de igual aplicación para todos. Consagran y defienden las libertades políticas y cívicas que han obtenido estatus de derechos humanos universales a lo largo del último medio siglo. En especial, cualquier persona acusada de un delito tiene derecho a una audiencia imparcial y rápida y se presume inocente hasta no ser probada su culpabilidad. Las instituciones centrales del sistema legal, incluidos los tribunales, fiscalías y policía, son razonablemente imparciales, competentes y eficientes. Los jueces son imparciales e independientes, y no están sujetos a influencias o manipulaciones políticas. Tal vez lo más importante: el gobierno se inserta en un marco jurídico global, sus funcionarios aceptan que la ley será aplicada a sus conductas y que el gobierno busca respetar la ley’.²⁵

Se ha sostenido que esta relación entre el ‘estado de derecho’ y la democracia liberal es profunda:

‘El estado de derecho hace posible el ejercicio de los derechos individuales que son el núcleo de la democracia. El respeto de un gobierno por la autoridad soberana del pueblo y la constitución depende de su aceptación del derecho. La democracia incluye instituciones y procesos que, aunque excedan el dominio inmediato del sistema legal, están arraigados en él. Los elementos básicos de una economía de mercado moderna, como los derechos de propiedad y contratos, se fundamentan en el derecho y requieren ser ejecutados por un tercero competente. Sin el estado de derecho, las principales instituciones económicas, como las corporaciones, los bancos

20 Bhansali y Biebesheimer, *supra* nota 8, 306; véase también, S Hendrix, ‘USAID promoting democracy and the rule of law in Latin America and the Caribbean’ (2003) *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 49: 277–320.

21 USAID, *Guidance for promoting judicial independence and impartiality* (2002) Washington, DC, 6.

22 USAID, *Handbook on fighting corruption* (1999) Washington, DC, 5.

23 Véase *supra* nota 6, 7.

24 T Carothers, ‘Promoting the rule of law abroad: the problem of knowledge’ documento de trabajo no. 34 (Carnegie Endowment for International Peace 2003), 6.

25 Véase *supra* nota 6, 4; véase también, T Carothers, ‘The rule of law revival’ (1998) 77, 3 *Foreign Affairs*, 96.

y los sindicatos, no funcionarían y las múltiples intervenciones del Estado en la economía – mecanismos regulatorios, sistemas impositivos, estructuras aduaneras, políticas públicas monetarias, entre otras– serían injustas, ineficientes u opacas’.²⁶

Esta promesa de remover los principales obstáculos en el camino de la democracia y la economía de mercado en una época signada por las transiciones masivas en la economía política global explica, para Carothers, por qué los responsables políticos occidentales se han aferrado al ‘estado de derecho’ como un ‘elíxir’ para los países transicionales.²⁷

¿Pero qué es el estado de derecho?

A pesar de la centralidad de este concepto, hay una abstracción conceptual peculiar inherente a la noción de estado de derecho que contribuye a la confusión y las expectativas frustradas. Esta abstracción es examinada por varios analistas. Upham, por ejemplo, sostiene que el intento por desarrollar el estado de derecho, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, es un mito no demostrado que igualmente ha logrado obtener el estatus de ortodoxia evangélica. Define los elementos centrales de esta ortodoxia:

‘El ideal del estado de derecho puede resumirse como reglas universales aplicadas de manera uniforme. Requiere una jerarquía de tribunales con un plantel de profesionales capacitados que están aislados de las influencias políticas o no legales. El proceso de toma de decisiones debe ser racional y predecible para las personas capacitadas en el derecho; todos los intereses legalmente relevantes deben ser reconocidos y representados adecuadamente; el sistema entero debe estar lo suficientemente bien fundado como para atraer y retener a las personas con talento; y los poderes políticos deben respetar la autonomía del derecho’.²⁸

La noción de estado de derecho es, en su esencia, lo suficientemente evocadora a nivel político y ambigua a nivel técnico como para tornarse insignificante. Otros han intentado precisar lo que se supone que quiere decir. Según Kleinfeld-Belton el estado de derecho se ve ‘como el elefante proverbial del ciego –lo que para uno es una trompa, para otro es una cola’.²⁹ Discierne el rango de definiciones que sirven diferentes fines: el gobierno limitado por el derecho; la igualdad ante el derecho; el derecho y el orden; sentencias predecibles y eficientes; y derechos humanos. Estos fines – que son múltiples, distintos y muchas veces entran en tensión– por lo general se fusionan y confunden en la práctica. Observa que las agencias para el desarrollo tienden a definir al estado de derecho en base a sus instituciones, y no en base a sus fines, como un estado que contiene tres instituciones principales: las leyes, el poder judicial y la ejecución de la ley. Esta confusión conceptual ha alentado una modalidad tecnocrática y a veces contraproducente frente a la reforma:

‘Al tratar al estado de derecho como un único bien y no como un sistema de bienes en tensión, los reformadores pueden trabajar, inadvertidamente, en función de un estado de derecho mal formado, donde las leyes que dotan al Ejecutivo de un poder excesivo se aplican y ejecutan con más eficiencia’.³⁰

Otros, como Kennedy, van más allá y destacan que esta ambigüedad no es accidental. Es justamente la vaguedad inherente a esta noción que la torna fácil y convenientemente susceptible de ser un dispositivo para sortear las diferencias en los intereses de los asociados para el desarrollo.³¹

Este concepto de reforma judicial –integrada como lo estuvo en la promoción de USAID de las nociones de economía política de libre mercado, democracia, buena gobernanza y estado de derecho– debe compararse con la del Banco Mundial.

26 Véase *supra* nota 6, 4–5.

27 *Ibid.*, 7; véase también *supra* nota 25, 99.

28 F Upham, ‘Mythmaking in the rule of law orthodoxy’ en Jensen & Heller (ed.) (2006) pg. 75–104, 83. Upham también observa: ‘Si existe un modelo así, yo no lo he encontrado’, F Upham ‘Mythmaking in the rule of law orthodoxy’ (2002) documento de trabajo 30, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC, 8. Para una discusión más jurídica, véase: Bingham, T, *The Rule of Law*, (Penguin 2011).

29 R Kleinfeld-Belton, ‘Competing definitions of the rule of law: implications for practitioners’ (2005) documento de trabajo no. 55, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC, 5–6; y, ‘Competing Definitions of the Rule of Law’ in Carothers, T (ed.), (2006) 31–74.

30 *Ibid.*, 28.

31 D Kennedy, ‘The rule of law, political choices and development common sense’ en Trubek and Santos (ed.) (2006) 19–73.

La modalidad del Banco Mundial

La modalidad de USAID debe ser comparada y contrastada con la del Banco Mundial (en adelante, 'el Banco'). La cartera de asistencia y reforma actual del sector de justicia del Banco comprende casi 2500 actividades de reforma de la justicia con préstamos valorados en aproximadamente US\$304,2 millones en 2008.³²

El Banco comenzó a apoyar la reforma judicial en América Latina después que USAID en los años 1980. Inicialmente enmarcó su modalidad de forma estrecha para ajustarse a su mandato como un medio Estado-céntrico para hacer posible el desarrollo económico. Esta modalidad se ha expandido con posterioridad de modo de ser más exhaustiva, de incorporar nociones relacionadas de gobernanza, instituciones, seguridad, equidad y empoderamiento.

Como asesor principal del Banco en ese momento, Shihata era influyente en la conceptualización de la modalidad inicial de reforma. Enmarcó la reforma judicial dentro del estado de derecho, que para él era el precursor de la estabilidad económica, y como medio para proteger los derechos de propiedad y honrar las obligaciones contractuales. Para él, el derecho dotaba de credibilidad a los compromisos adoptados por el Estado, y de fiabilidad y aplicabilidad a las normas que daban lugar a condiciones de mercado favorables para los inversores. El derecho apoyaba el marco de políticas públicas económicas amplias que garantizaban la libre competencia.³³ El Banco adoptó esta modalidad economicista por una lectura entonces posible de su carta constitutiva. Shihata deseaba evitar que las actividades de la reforma se dirigieran hacia lo que él describía como el 'desvío aventurado de politizar las instituciones financieras'. Debido a estas limitaciones formales, que como él destacaba prohibían participar en actividades 'políticas', dirigió al Banco a tomar en cuenta, de manera estrecha, 'únicamente consideraciones económicas':³⁴

'Incluidas entre estas disposiciones se encuentran las nociones de que: [e]l Banco y sus funcionarios no podrán interferir en los asuntos políticos de ningún miembro; ni serán influenciados en sus decisiones por el carácter político del miembro o miembros de que se trate.

Solo consideraciones económicas pueden influir con sus decisiones, y estas consideraciones se ponderarán con imparcialidad con el fin de lograr los propósitos establecidos en el Artículo 1'.³⁵

Como consecuencia, la estrategia de reforma del Banco históricamente se ha basado con firmeza en el fomento del estado de derecho de forma instrumentalista y 'estrecha' desde un punto de vista procedimental. Esta base definió al estado de derecho como: vigente incluso cuando el propio Estado está obligado por la ley; cada persona en la sociedad es tratada con igualdad ante la ley; la dignidad humana de cada individuo es reconocida y protegida por ley; y la justicia es accesible a todos. Este concepto de 'estado de derecho' se construye sobre tres pilares de reglas, procesos e instituciones que funcionan bien. Asimismo, está conformado por un sistema legal y judicial que también funciona bien y que permite al Estado regular la economía y empoderar a los individuos privados para contribuir al desarrollo económico mediante su participación en negocios, inversiones y otras transacciones. Se creía que este concepto incentivaba las inversiones nacionales y extranjeras, creaba empleos y reducía la pobreza.³⁶

La estrategia de reforma judicial del Banco promovía tres objetivos. Estos eran: establecer un sistema judicial independiente, eficiente y eficaz y fortalecer la eficacia judicial; apoyar los procesos por los que las leyes y reglamentos se crean y aplican; y mejorar el acceso a la justicia ampliando la utilización de los servicios existentes y proporcionando los mecanismos alternativos de solución de controversias.³⁷ En términos que nos recuerdan a la anterior retórica de USAID, para el Banco, el estado de derecho fue

32 Banco Mundial, *Initiatives in justice reform* (2009a) Washington, DC, <http://go.worldbank.org/C4VN5MWDU0>.

33 Véase, p. ej., I Shihata, 'Legal framework for development: the World Bank's role in legal and judicial reform'; y 'Judicial reform in developing countries and the role of the World Bank,' en M Rowat, W Malik y M Dakolias (ed.), *Judicial reform in Latin America and the Caribbean, actas de la conferencia* (Banco Mundial 1995a), pg. 13-15 y 219-233; I Shihata, 'The role of law in business development' (1997b) *Fordham International Law Journal*, 20:1577-1588.

34 I Shihata, 'Human rights, development and international financial institutions' (1992) 8, 35 *American University Journal of International Law and Policy*, 37.

35 *Ibid.*, 30; también, *Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development*, abierto a la firma el 22 de julio 1944, 2 UNTS 134 (entrado en vigor el 27 de diciembre 1945).

36 Banco Mundial, *Legal and judicial reform: strategic directions* (2003) Washington, DC, 2 y 16-18.

37 *Ibid.*, 6 y 19.

‘construido sobre la piedra angular de un sistema judicial eficiente y eficaz’.³⁸ Esta visión posicionaba a los jueces como una figura central para un sistema jurídico eficiente y eficaz. Para un sistema así, los jueces habían de ser debidamente nombrados, promovidos y formados; debían observar los códigos de conducta; y ser evaluados y disciplinados. Las actividades que apoyaban este tipo de iniciativas eran comunes en muchos de los proyectos del Banco.

Aunque admite su impugnabilidad, esta modalidad institucionalista de la reforma de la justicia fue reafirmada recientemente por Leroy en 2011:

‘Aunque los canales precisos de la causalidad son complejos y controvertidos, existe un amplio consenso acerca de que un sistema de justicia equitativo y que funciona bien es un factor importante en el fomento del desarrollo y la reducción de la pobreza... El Banco Mundial ha apoyado la creación de climas de inversión sólidos, respaldados por un estado de derecho sólido, con el fin de fomentar la inversión, la productividad y la creación de riqueza como parte de su modalidad *principal* para combatir la pobreza’ [sin cursivas en el original].³⁹

El Banco colocó a la reforma judicial en el centro de su conceptualización emergente de la buena gobernanza. Al igual que USAID, enmarcó cada vez más la reforma judicial dentro de una dimensión de desarrollo con mayor gobernanza, articulada por lo general en nociones de transparencia y rendición de cuentas. Esta dimensión es relevante; pero no únicamente porque la reforma judicial es un medio para implementar políticas de gobernanza mediante el fortalecimiento de la capacidad de los tribunales como mecanismos para la rendición de cuentas. La noción de gobernanza es central para la modalidad institucionalista prevaleciente, que se ocupa de la calidad de las relaciones entre los ciudadanos, el Estado y el mercado.

La definición de gobernabilidad del Banco es amplia. Se refiere al ejercicio del poder mediante las instituciones económicas, sociales y políticas de un país que moldea los incentivos de los responsables de las políticas públicas, los supervisores y los proveedores de servicios públicos. Dentro de esta modalidad, la reforma judicial y el fortalecimiento son instrumental y constitutivamente relevantes. La *Política de Gobernabilidad y Anticorrupción del Banco* de 2007 proclama que la buena gobernanza se asocia positivamente con el crecimiento robusto, una menor desigualdad de ingresos y la mejora de la competitividad y el clima de inversión. Esta política plantea que un Estado capaz y responsable crea oportunidades para los pobres, proporciona mejores servicios y mejora los resultados del desarrollo. Según explica el Presidente Wolfowitz, esta modalidad apoya el mandato del Banco de reducir la pobreza:

‘Lo denominamos buena gobernanza. Consta esencialmente de la combinación de instituciones transparentes y responsables, fuertes habilidades y competencias, y una disposición fundamental para hacer lo correcto. Esas son las cosas que permiten a un gobierno prestar servicios a sus habitantes de manera eficiente’.⁴⁰

Esta modalidad de gobernanza se fundamenta en la visión del Estado competente y habilitante, articulado a través de los Informes de desarrollo del Banco Mundial, publicados por primera vez en 1978. Estos informes revelan la política en evolución de la modalidad del Banco y, según *The Economist*, han ‘capturado en miniatura la historia del desarrollo’.⁴¹ El Informe de Desarrollo Mundial de 2002, por ejemplo, destacó el rol de las instituciones en los esfuerzos de reforma. En particular, articuló la lógica de gobernanza de la institucionalidad dentro de la cual se conceptualiza el papel del poder judicial en el desarrollo:

‘El sistema judicial desempeña un papel importante en el desarrollo de las economías de mercado de muchas maneras: resolviendo disputas entre particulares, resolviendo disputas entre particulares y entidades públicas, proporcionando un telón de fondo para el comportamiento de los individuos y las organizaciones fuera del sistema formal, y afectando la evolución de la sociedad y sus normas, mientras es también afectado por ellas. Con estos cambios orienta a la ley

38 *Ibid.*, 27.

39 A Leroy ‘Rule of law and development’ (2011) UN General Assembly Interactive Thematic Debate on the rule of law and global challenges, 11 de abril, Nueva York.

40 P Wolfowitz, ‘Good governance and development – a time for action,’ discurso, Jakarta, 11 de abril de 2006 (Banco Mundial 2006).

41 P Wolfowitz, ‘Good governance and development – a time for action,’ discurso, Jakarta, 11 de abril de 2006 (Banco Mundial 2006).

y el orden y promueve el desarrollo de los mercados, el crecimiento económico y la reducción de la pobreza. Los sistemas judiciales deben equilibrar la necesidad de aportar una resolución rápida y asequible –es decir, accesible– con una resolución justa; estos son los elementos de la eficiencia judicial... El éxito de las reformas judiciales depende del aumento de la responsabilidad de los jueces; es decir, proporcionándoles incentivos para manejarse con eficacia, simplificando los procedimientos, y concentrándose en el incremento de recursos...⁴²

Para 1999, el Banco había elevado la reforma legal y judicial a uno de los principales pilares de su nuevo Marco Integral del Desarrollo, como parte de su modalidad en evolución. Este marco fue introducido por el Presidente Wolfensohn como una reformulación de la estrategia del Banco para la reducción de la pobreza. Esta estrategia hacía hincapié sobre la interdependencia de todos los elementos del desarrollo –lo social y humano entre lo estructural, ambiental, económico, financiero y lo relativo a la gobernanza:

‘El Marco Integral del Desarrollo... destaca una imagen más inclusiva del desarrollo. No podemos adoptar un sistema en el que lo macroeconómico y financiero sea considerado como parte de los aspectos estructurales, sociales y humanos, y vice versa’.⁴³

Esta nueva modalidad buscaba un gobierno bueno y limpio, una red de seguridad social y programas sociales, y un sistema legal y de justicia eficaz en el que se replanteaba la reforma judicial:

‘[S]in la protección de los derechos humanos y de propiedad, ni un marco exhaustivo de leyes, ningún desarrollo equitativo es posible. El gobierno debe asegurar un sistema eficaz de propiedad, contratos... leyes y otros elementos para un sistema jurídico exhaustivo que sea administrado de forma eficaz, imparcial y limpia por un sistema jurídico y legal imparcial y honesto que funciona bien’.⁴⁴

En ese momento, según el Banco, su modalidad de reforma judicial y legal había ‘evolucionado en gran medida’ para destacar las oportunidades de empoderamiento y seguridad con el fin de promover que los programas judiciales puedan ‘distribuir los beneficios del crecimiento económico de forma más equitativa’.⁴⁵ La posible importancia de este énfasis sobre las dimensiones sociales del desarrollo contenidas en el Marco Integral del Desarrollo no deben ser subestimadas.⁴⁶ Como hemos visto, Shihata ya había destacado la importancia de evitar el término ‘derechos humanos’ por su efecto restrictivo sobre el mandato del Banco, el cual prohibía la reforma ‘política’.⁴⁷ Menos de una década más tarde, esta posición había evolucionado marcadamente cuando Danino, entonces asesor principal, vio a la reforma judicial como un componente indispensable para aliviar la pobreza mediante el crecimiento económico y la equidad social, lo cual incluía una fuerte dimensión de derechos humanos.⁴⁸ Construyó este argumento sobre una interpretación más amplia del mandato ‘en evolución’:

‘Si bien el concepto de gobernanza es crucial, en mi opinión personal, no es lo suficientemente amplio: debemos ir más allá y ver los problemas de la equidad social en paralelo con el crecimiento económico... debemos aceptar la centralidad de los derechos humanos en nuestro trabajo en vez de vernos divididos ante la decisión de adoptar o no una modalidad de desarrollo ‘basada en derechos’’.⁴⁹

La modalidad de las políticas del Banco se perfeccionó aún más en el *World Development Report: Equity and Development* de 2006, que se centró en el tema de la desigualdad de oportunidades como una dimensión nueva o más importante de la reducción de la pobreza. Este informe se apoyaba en el *World Development Report on Poverty* de 2000, y particularmente, en el trabajo de Sen. Recomendaba abordar

42 Banco Mundial, *supra* nota 7, 131–2.

43 J Wolfensohn, Proposal for a comprehensive development framework (1999) <http://web.worldbank.org/WBSITE/DELETE/DSITESBACKUP/0,,pagePK:60447--theSitePK:140576,00.html> (archivado), 7.

44 *Ibid.*, 10–11.

45 Banco Mundial, *Initiatives in legal and judicial reform* (2004b) Washington, DC, 5.

46 Banco Mundial, *World Development Report 2001* (2001) Washington, DC; D Narayan, *Voices of the poor: can anyone hear us? Voices from 47 countries*, PREM, (Banco Mundial 1999) disponible en <http://go.worldbank.org/LOTTGBE9I0>; M Woolcock y D Narayan, ‘Social capital: implications for development theory, research, and policy’ (2000) World Bank Research Observer, 15,2: 225–249.

47 Shihata, ‘Democracy and development’ (1997a) 46,3 International and Comparative Law Quarterly, 642.

48 R Dañino, Legal aspects of World Bank’s work on human rights: some preliminary thoughts’ (2006) en C Sage, y M Woolcock, (ed.), 305.

49 R Dañino ‘Legal aspects of the World Bank’s work on human rights’ (2007) 41:1 International Lawyer, 523.

las ‘trampas de desigualdad’ crónicas asegurando un acceso más equitativo a los bienes públicos, incluido el acceso mejorado a los sistemas de justicia y la garantía del derecho a la tierra, entre otras iniciativas. Concentrándose en las ‘brechas en la equidad’, este informe destacaba el elemento constitutivo de la equidad en la pobreza. Pero lo más importante es que introducía la noción de redistribución al discurso actual:

‘Dado que los mercados no son perfectos, surge un campo para los sistemas de redistribución eficientes... La equidad y la imparcialidad importan, pero no solo porque complementan la prosperidad a largo plazo. Resulta evidente que a muchas personas –si no a todas– les importa la equidad en sí misma’.⁵⁰

Este informe examinaba las teorías modernas de justicia distributiva para enfrentar la falta de preocupación que había por la distribución del bienestar y para adoptar una noción de equidad que se centraba en las oportunidades.⁵¹ Distinguía el concepto de equidad del de derecho y proponía que el concepto general de la imparcialidad encarna la creencia multicultural de que las personas no deben sufrir frente a la ley como consecuencia de su poder de negociación desigual.⁵² Este énfasis en la equidad es consolidado por Sage y Woolcock, quienes argumentan que el sistema de reglas que sostiene la ‘trampa de desigualdad’ es un elemento constitutivo de esas trampas, y puede perpetuar las desigualdades.⁵³ El programa *Justice for the Poor* (J4P) del banco actualmente alcanza una modalidad más concentrada en la equidad.⁵⁴ Hace hincapié en:

‘la creación de instituciones mediadoras nuevas en las que se pueden reunir los actores de ambos dominios –siguiendo reglas simples, transparentes, legítimas, mutuamente acordadas, de rendición de cuentas– para elaborar nuevos modelos que pueden ser apropiados y ejecutados por ambas partes. Es decir, J4P se concentra más en los procesos de reforma que en el estado final premeditado’.⁵⁵

Las nociones de seguridad nos ofrecen otra interpretación importante de la lógica del estado de derecho y la reforma judicial. Si bien ya vimos que la justicia penal ha sido parte del menú de reformas desde su inicio en el movimiento de derecho y desarrollo, las preocupaciones sobre la fragilidad de los Estados, los Estados fallidos, el terrorismo y el colapso de la capacidad de los Estados para controlar la delincuencia han crecido notablemente en los últimos años. Más recientemente, los acontecimientos del 11 de septiembre han dirigido la atención de los gobiernos y donantes hacia la relación entre la seguridad y el conflicto, y el desarrollo de los objetivos políticos, económicos y sociales. Esto ha desembocado en esfuerzos de reforma que consolidan la capacidad interna (penal) y externa (terrorista) del Estado de brindar seguridad. Esta interpretación es evidente en las *Guidelines on Terrorism Prevention* (2003) y *Guidelines on Security System Reform and Governance* (2004) expedidas por el órgano de coordinación del desarrollo, la OCDE-CAD. Estas directrices están dirigidas a superar la fragilidad del Estado y el conflicto mediante la reducción de la violencia armada y el crimen, creando así entornos seguros que conduzcan a otros desarrollos políticos, económicos y sociales. Esta modalidad tiene por objeto conseguir cuatro objetivos engranados: (a) el establecimiento de una gobernanza eficaz; (b) mejorar la prestación de los servicios de seguridad y justicia; (c) desarrollar el liderazgo y la apropiación del proceso de reforma locales; y (d) la sostenibilidad de la justicia y la prestación de servicios de seguridad.⁵⁶

Más recientemente, el creciente reconocimiento de la importancia de mejorar la reforma de la justicia se hizo evidente en el informe *World Development Report 2011* (WDR 2011), que reposiciona la justicia en un rol más central en el desarrollo. El WDR 2011 explora los vínculos entre los resultados

50 Banco Mundial, *World development report 2006: equity and development* (2005) Washington, DC <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/0,,contentMDK:23062359~pagePK:478093~piPK:477627~theSitePK:477624,00.html>, 74–75.

51 *Ibid.*, 78.

52 *Ibid.*, 175.

53 C Sage, y M Woolcock, *The World Bank legal review: law equity and development* vol ii (Banco Mundial 2006), 11.

54 C Sage, N Menzies, y M Woolcock, *Taking the rules of the game seriously: mainstreaming justice in development* (2009) documento de trabajo no. 51845, Banco Mundial, Washington, DC, 1.

55 ‘Justice for the poor program: overview’ (Banco Mundial 2007); ‘Justice for the poor program: Indonesia’ (Banco Mundial 2006d) disponible en <http://go.worldbank.org/MHG1Y94BM0>.

56 OECD-DAC, *Guidelines on terrorism prevention* (2003); y OECD, *Handbook on security system reform: supporting security and justice* (2007), 21.

de seguridad y desarrollo. Su mensaje central es que el fortalecimiento de las instituciones y la gobernanza para garantizar la seguridad ciudadana, la justicia y el empleo es crucial para romper los ciclos de fragilidad del Estado, el conflicto o la violencia. Las instituciones y la gobernanza, que son importantes para el desarrollo en general, funcionan de manera diferente en situaciones de fragilidad. Actualmente, la inversión en la justicia es vista como esencial para la reducción de la violencia. Vincula la seguridad, la justicia y las tensiones económicas con la prevención de la violencia y recuperación, y aboga a favor de integrar la justicia con la asistencia militar y policial en situaciones de fragilidad. La reforma del sector de la justicia debe centrarse en los vínculos entre la policía y la justicia civil, fortaleciendo el procesamiento básico de casos; extendiendo así los servicios de justicia sobre la base de mecanismos comunitarios. No obstante, el WDR 2011 curiosamente es neutral en la retención de cualquier definición de la justicia. Esto es importante porque genera un espacio para admitir a la justicia al panteón de la economía política y abre el diálogo sobre el rol de la justicia y su relación con el desarrollo.⁵⁷

En suma, esta historia revela en primer lugar que la reforma judicial se encuentra en la fase formativa de la iniciativa. Su crecimiento ha sido reciente, rápido y muy importante en los últimos 20 años, en particular. Segundo, esta iniciativa se ha justificado de diversas maneras en función de criterios económicos, políticos, sociales y humanos. Estas justificaciones principales, que pueden estar teóricamente interconectadas y fusionadas en la práctica, son en ocasiones ambiguas y a veces entran en conflicto:

Económicas: la justificación más antigua y generalizada tiene dos vertientes: primero, la creación de riqueza, en base a nociones como ‘economías de derrame’, que implica que el Estado apoyará a los mercados para levantar todos los barcos, incluso los más pequeños; y la segunda, más reciente, la reducción de la pobreza, sobre la base de una noción alternativa de empoderamiento ayudando a los pobres y desaventajados.

Políticas: la promoción de la democracia se ha vinculado inextricablemente con la facilitación de la participación y la inclusión en los asuntos sociales; libertad de oportunidades; y el auto-destino; y más recientemente, al fortalecimiento de la gobernanza y la integridad de las instituciones del Estado para supervisar el sistema político a través del estado de derecho, la independencia judicial, la transparencia y la rendición de cuentas.

Sociales: esta justificación hace hincapié en la consolidación de la capacidad del Estado para proporcionar los bienes públicos fundamentales del orden cívico y la seguridad de los ciudadanos de las amenazas internas de la delincuencia y, sobre todo después del 11 de septiembre, de las amenazas externas del terrorismo y el fracaso del Estado, a veces denominado *securitisation*.

Humanística: esta justificación se basa en la validación de la promoción de la imparcialidad y el acceso a la justicia sobre la base de un concepto emergente de la pobreza como privación de oportunidades y de los derechos humanos de la persona.⁵⁸

Naturaleza de las reformas

El análisis de la naturaleza de las actividades de reforma llevadas a cabo durante este periodo revela lo que ha sido descrito como un ‘paquete estándar’ de actividades que apoyan las mejoras basadas en la eficiencia para la administración formal de la justicia.

En su esencia, la mayoría de las actividades han consistido, por lo general, de medidas para fortalecer el poder judicial del Estado. Según Messick, estas actividades han incluido, por lo general: hacer que el poder judicial sea independiente; aumentar la celeridad en el procesamiento de los casos; aumentar el acceso a los mecanismos de solución de disputas; y la profesionalización del Colegio.⁵⁹ Dakolias concuerda que los programas de reforma generalmente incluyen: la independencia judicial;

57 Banco Mundial, *World development report: conflict, security and development* (2011b) Washington, DC <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/0,,contentMDK:23252415~pagePK:478093~piPK:477627~theSitePK:477624,00.html>.

58 Esta configuración se articula de varias maneras en la literatura; véase, p. ej., K Samuels, ‘Rule of law reform in post-conflict countries’, artículo sobre el desarrollo social no. 37 (Banco Mundial 2006).

59 R Messick, ‘Judicial reform and economic development: a survey of the issues’ (1999) 14,1 World Bank Research Observer, 117–136.

sistemas de nombramiento y evaluación; la sanción; la administración judicial, del tribunal y del caso; presupuestos; códigos de procedimiento; acceso a la justicia; la Resolución Alternativa de Conflictos; y la ayuda legal y capacitación.⁶⁰ Los proyectos se han centrado por lo general en la formación de jueces, introduciendo sistemas de gestión de casos a los tribunales y estableciendo ocasionalmente clínicas de ayuda legal y programas de conciencia jurídica –en lo que Sage y Woolcock describen en términos generales como ‘soluciones tecnocráticas descendentes’ para las deficiencias institucionales.⁶¹ El Banco Mundial, por ejemplo, actualmente asigna el 66% del valor de sus proyectos de reforma de la justicia ‘independientes’ a lo que considera apoyo directo al proceso judicial, administrando casos y cargas de casos, en infraestructura de los tribunales, rehabilitación de edificios e instalaciones relacionadas, y solo un décimo de esto (6%) en capacitación de actores judiciales y legales.⁶²

Según Carothers las reformas judiciales se clasifican dentro de una clase de actividades orientadas a incrementar el cumplimiento gubernamental con las leyes. Estas incluyen reformas institucionales que se concentran en: la independencia judicial; una mayor transparencia y rendición de cuentas; y hacer que los tribunales sean más competentes, eficientes y responsables, a menudo mediante la capacitación.⁶³ Al describir la reforma judicial y legal, Jensen hace referencia a un ‘paquete estándar’ de tres elementos: cambios en las leyes sustantivas; concentrarse en las instituciones relacionadas con la ley; y hacer frente a los objetivos más profundos de cumplimiento con la ley dentro del gobierno, particularmente en el área de independencia judicial. Los donantes han concentrado su asistencia cada vez más en lograr que las instituciones judiciales formales sean más competentes, eficientes y responsables, con proyectos que proporcionan formación jurídica y legal.⁶⁴ Porter avala este ‘paquete estándar’ de reformas centradas en los tribunales, que según él, sigue siendo fuertemente impulsada por la oferta, se concentra en la capacitación de los jueces, construcción de más salas, prestación de nuevos equipos y apoyo para la administración de casos. La capacitación muchas veces se ha tratado como una solución única para el fortalecimiento de capacidades, con poca consideración por la eficacia educativa.⁶⁵

Crítica a la práctica

Hay actualmente un coro de decepción en el desempeño de estas reformas que emerge de los comentarios académicos. Este coro entona las crecientes preocupaciones por el desempeño en la promoción del estado de derecho, que ha sido descrita como ‘menos de lo prometido’, ‘elusiva’, ‘en crisis’, ‘impotente’, ‘poco concluyente’ y ‘con serias deudas’.

Los analistas ofrecen una serie de explicaciones para esta decepción. En esencia, se relacionan con la fusión de los objetivos de la reforma, discutidos arriba, con expectativas confusas, recursos disipados y ejecución frustrada; y la necesidad de una modalidad mucho más matizada para el manejo de los procesos de cambio. Esta crítica refleja dos características principales: primero, la insuficiencia del conocimiento para guiar y apoyar las iniciativas de reforma y, segundo, la falta de una teoría convincente o justificación para la iniciativa de reforma en sí. De hecho, hay una creciente preocupación de que a pesar de que aumentan los recursos, en realidad, no sabemos qué estamos haciendo.

En una crítica del desempeño de la reforma judicial de más de 20 años en América Latina, Hammergren reconoce los cambios sustanciales en los recursos, la composición y las actividades del sector. Estas reformas –que han resultado en el aumento de salarios, mayor independencia, nuevos sistemas de gobernanza y dinero para equipos e innovaciones– han transformado a los tribunales que antes eran ‘huérfanos’ en lo que ella denomina un ‘poder Cenicienta de gobierno’. Pero no

60 M Dakolias, ‘A strategy for judicial reform: the experience in Latin America’ (1995) 35 *Virginia Journal of International Law* 167, 187 y ss.

61 C Sage, y M Woolcock, *Breaking legal inequality traps: new approaches to building justice systems for the poor in developing countries* (Banco Mundial 2005), 12.

62 ‘Directions in justice reform’ nota de debate (Banco Mundial 2011c) disponible en http://siteresources.worldbank.org/EXTLAWJUSTINST/Resources/wb_jr_discussionnote.pdf, 3.

63 Véase *supra* nota 25, 99–100.

64 E Jensen y T Heller, (ed.), *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law* (Stanford University Press 2003), 349.

65 D Porter, ‘Access to justice revisited’ documento de sesión, University of Queensland, 1–3 de abril de 2005; véase también, L Armytage, ‘Training of judges: reflections on principle and international practice’ (2005) 2.1 *European Journal of Legal Education*, 21.

han tenido un impacto automático significativo sobre la calidad de la producción judicial.⁶⁶ Estos sistemas judiciales no parecen estar más cerca de la satisfacción de las expectativas de justicia de los ciudadanos.⁶⁷ Una cosa es el cambio, y otra es la mejora. Su crítica es esencialmente utilitarista; es decir, estas reformas han fracasado en lo que respecta a la mejora del sistema. Dos décadas de reforma nos han entregado mucho menos de lo prometido. A pesar de algunos logros, las quejas básicas tales como el retardo, la corrupción, la impunidad, la falta de pertinencia y el acceso limitado no han disipado. Las encuestas de opinión pública indican que no hay mejora en la imagen pública de los tribunales. En cuanto a las contribuciones a los objetivos de reducción de la delincuencia y la pobreza, o aumento del crecimiento económico, lo mejor que se puede decir es que las cosas habrían sido mucho peor sin la reforma.⁶⁸ Este desempeño decepcionante surge de la ‘conclusión puramente deductiva’ de que existe una supuesta conexión –aunque no probada– entre el crecimiento basado en el mercado y el derecho comercial.

Hammergren avala la metáfora de Carothers de que la reforma judicial se ha convertido en una suerte de elixir para curar un número cada vez mayor de males extrajudiciales: la pobreza y la desigualdad, la inestabilidad democrática y el crecimiento económico insuficiente y la inversión:

‘[D]ebería ser evidente que (esto) contiene contradicciones internas... Una mezcla y combinación de objetivos diferentes; metas relativas a los costos, el acceso, la eficiencia, la eficacia, y la equidad básica en algún punto chocan entre sí’.⁶⁹

Cualquiera que desee impugnar o incluso explorar estas suposiciones corre el riesgo de atacar numerosas ‘vacas sagradas’ y *lobbies* asociados.⁷⁰ El discurso teórico sobre la reforma judicial está dominado, según observa Hammergren, por los economistas que tienen una predisposición natural para realzar el rol económico de los tribunales clarificando las reglas de juego: mejorar la previsibilidad, reforzar la seguridad judicial y reducir los costos transicionales. Los politólogos se han concentrado en el rol de los tribunales en el apoyo de las estructuras de poder existentes para realzar su potencial de rendición de cuentas en la prestación de frenos y contrapesos para ese poder.⁷¹

Es oportuno observar cómo se han silenciado las voces de los abogados en lo que respecta a este discurso. Mientras que los académicos jurídicos claramente han producido teorías, su contribución parece ser marginada en el ámbito académico. Por consiguiente, resulta extraño que la articulación del modelo teórico imperante para la reforma judicial está dominada, a esta altura, por los economistas y políticos.

Muchos analistas apoyan esta crítica de los cimientos conceptuales dudosos de la iniciativa de reforma. Barron, por ejemplo, revisa la experiencia del Banco Mundial y sostiene que haría bien en moderar su entusiasmo por promover el ‘estado de derecho’, dado que muchos de los factores que lo afectan parecen o bien imposibles de reformar o, al menos, muy difíciles de reformar.⁷²

Algunos hablan de una crisis en el derecho y el desarrollo. Atribuyen esta crisis a la falta de capacidad de la teoría del desarrollo para dar cuenta debida de la realidad. Tamanaha y Bilder creen que se debe a que se ha tomado conciencia de que: los ideales de los teóricos del desarrollo son menos que perfectos y se materializan de forma menos que perfecta; la ciencia no tiene todas las respuestas; y el derecho simplemente no puede resolver muchos de los problemas que enfrentan los países en desarrollo, causando una sensación de impotencia incremental. Luego de 30 años de estudios de derecho y desarrollo, observan que: el derecho moderno es necesario, pero no suficiente para el desarrollo económico; el ‘estado de derecho’ ayuda, pero no es suficiente para el desarrollo político; y más allá de estas condiciones mínimas, el discurso teórico no es de importancia primaria fuera de ser ‘una conversación académica en gran parte occidental’.⁷³

66 L. Hammergren, *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America* (Pennsylvania State University Press 2007), 279.

67 *Ibid.*, 7.

68 *Ibid.*, 306.

69 *Ibid.*, 5.

70 *Ibid.*, 308.

71 *Ibid.*, 313–5.

72 G Barron, ‘The World Bank and rule of law reforms’ (2005) documento de trabajo no. 05-70 (Development Studies Institute, LSE, London), 35; véase también *supra* nota 6, nota 24, nota 25 y nota 64; y D Trubek, y A Santos, *The new law and economic development: a critical appraisal* (Cambridge University Press 2006).

73 B Tamanaha y R Bilder, ‘Lessons of law-and-development studies’ (1995) 89 *American Journal of International Law*, 484.

Otros debaten la eficiencia de la relación entre la reforma judicial y legal y el desarrollo, y cuestionan la utilidad de muchas reformas sobre bases empíricas. Trebilcock y Davis describen gran parte de la evidencia empírica como ‘poco concluyente’ y arguyen que esto explica por qué las iniciativas actuales están destinadas a tener un efecto mínimo o nulo sobre las condiciones económicas o sociales en los países desarrollados.⁷⁴ Otros sostienen que, dada la diversidad de las definiciones rivales y conceptos de ‘estado de derecho’, persisten serias dudas respecto de si existe algo así como ‘el campo del estado de derecho’. Peerenboom critica la industria del derecho y desarrollo por haber buscado soluciones universales a problemas locales diversos, que muchas veces han reflejado la tendencia intelectual más reciente y adoptado una modalidad de ‘solución mágica’: primero, la enseñanza del derecho, luego la reforma judicial, ahora las instituciones y la buena gobernanza.⁷⁵ Lo que él califica de ‘resultados menos que espectaculares’ para promover el estado de derecho ponen en duda la función reformadora del estado de derecho:

‘A pesar de la creciente literatura empírica, persisten serias dudas acerca de la relación, y muchas veces de la dirección causal, entre el estado de derecho y la creciente lista de bienes con la que es asociado, incluidos el crecimiento económico, la reducción de la pobreza, la democratización, el empoderamiento legal y los derechos humanos’.⁷⁶

El aspecto positivo de esta creciente inquietud es que estimula el momento actual de reflexión e impulsa un proceso de modalidades de reinención. La reinención comprende tres interpretaciones principales: (a) la convergencia con los derechos humanos y el empoderamiento característicamente evidentes en las iniciativas de las agencias de la ONU; (b) la participación en los sectores informales y consuetudinarios, característicamente evidente en la exploración del J4P del Banco; y (c) una modalidad más integrada de la economía política, que se hace evidente, por lo general, en la modalidad del *Department for International Development* (DFID) hacia los ‘motores del cambio’.⁷⁷ Esta oportunidad para la reinención se encuentra actualmente abierta, pero los riesgos son muy altos. No se queda corta la observación de que el estado de derecho es una empresa suspendida en el borde del fracaso del desarrollo. Esto se hace evidente en la decisión reciente del Asian Development Bank de ‘integrar’ –es decir, dismantelar– su programa de derecho y políticas públicas luego de casi 20 años debido a que la falta de resultados visibles lo habían tornado poco competitivo en la búsqueda interna de fondos.⁷⁸

Propósito: ¿Qué es la justicia y por qué importa tanto?

Cualquier noción de estado de derecho en el desarrollo internacional sin una idea clara de promoción de justicia es incompleta. La justicia es fundamental para el bienestar humano y es indivisible de su desarrollo. Desde Aristóteles, la justicia se ha reconocido como central para cualquier noción civilizada de una buena vida, gobierno y sociedad: el gobierno sin justicia es una tiranía, y una sociedad sin justicia es un anatema para sus ciudadanos. El bienestar cívico es inalcanzable sin la justicia. No obstante, la justicia es subvertida de forma rutinaria en muchos países. A los ciudadanos, por lo general los pobres sin poder, se les niega sistemáticamente la justicia a través del abuso de poder, la impunidad, la corrupción y la ineficiencia. Estos son los retos usuales de la reforma de la justicia.

Para hacer frente a estos retos, el desarrollo internacional y el estado de derecho deben definir la justicia– a lo que se han resistido hasta ahora. Mientras que los filósofos y politólogos continúan debatiendo la naturaleza del rol de la justicia y de la reforma judicial, hasta un niño de cuatro años inmediatamente reconocería un trato injusto por parte de sus padres y sabría cuándo se le está

74 K Davis, y M Trebilcock, ‘Legal reforms and development’ (2001) 22:1 Third World Quarterly, 27.

75 R Peerenboom, ‘The future of rule of law: challenges and prospects for the field’ (2009) 1 Hague Journal on the Rule of Law, 13.

76 *Ibid.*, 5.

77 DFID es la agencia de asistencia británica. T Dahl-Østergaard, S Unsworth, y M Robinson, *Lessons learned on the use of power and drivers of change: analyses in development cooperation*, (red de gobernanza de OCDE-CAD 2005), ii; S Unsworth, ‘What’s politics got to do with it? Why donors find it so hard to come to terms with politics, and why this matters’ (2009) Journal of International Development, 21,6: 883–894; véase también, M Moore, A Schmidt y S Unsworth, ‘Assuring our common future in a globalised world: the global context of conflict and state fragility’ (2009) documento de referencia del DFID.

78 ADB, IED, ADB technical assistance for justice reform in developing member countries (2009b) Manila www.adb.org/Documents/SES/REG/SES-REG-2009-06/SES-REG-2009-06.pdf, 24. Véase también: L Armytage, ‘Judicial reform in Asia: case study of ADB’s experience: 1990-2007’ (2011) Hague Journal on the Rule of Law 3.1, 70–105.

denegando la justicia.⁷⁹

La justicia es la noción de corrección en base a las leyes, la ética y los valores de imparcialidad y equidad, los cuales son esenciales para el bienestar cívico. El propósito de la justicia es proteger el bienestar humano. La justicia protege a la humanidad de las nociones hobbesianas de anarquía, ruptura social y la brutalidad de la vida en la naturaleza.⁸⁰ Encarna una comunidad ordenada regida por el estado de derecho. Si bien hay muchas interpretaciones de la justicia, la mayoría de los principios de justicia son universales. Estas interpretaciones encarnan las normas consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituyen convenios centrales de las Naciones Unidas, entre otros instrumentos interpretativos.⁸¹

Todas las sociedades comprenden una estructura básica de las instituciones que encarnan interpretaciones de la justicia, ya sea de manera formal o informal. Estas interpretaciones pueden ser *políticas* (gobernanza, asuntos sociales y asignación de los intereses), *económicas* (oportunidades de subsistencia), *sociales* (orden y seguridad cívica) o *humanísticas* (derechos fundamentales individuales). Existen numerosas expresiones de justicia. La justicia puede ser principalmente utilitarista (concernida con maximizar los resultados sociales); igualitaria (concernida con la igualdad de oportunidades, los derechos individuales y las libertades); distributiva (concernida con la asignación de intereses en la riqueza, el poder o el privilegio); retributiva (concernida con castigar los delitos); o restaurativa (concernida con restaurar la armonía social). La justicia puede verse de diversas maneras en términos de igualdad, necesidad, reciprocidad o desierto. Las expresiones de justicia a veces se distinguen de las de justicia social. Aunque posiblemente de manera tautológica, se invoca a la justicia social en contextos seculares para destacar la primacía de principios de igualdad y derechos humanos para abogar por oportunidades más igualitarias y resultados que sean similares a la expresión distributiva que se describe arriba.

La justicia encarna valores, que las sociedades institucionalizan mediante sus leyes y los tribunales que administran esas leyes. Más allá del truismo de que la ley no puede ser justa, la promoción de la justicia se concierne con la materialización de los derechos, que son la dispensación política de los intereses de la ley. Estos derechos se encuentran en el espectro de bienestar humano, es decir, en lo político, cívico, económico, social y cultural. Para los fines de este capítulo, la justicia se considera en dos dimensiones cualitativas: la judicial y la del desarrollo. En el contexto judicial, este argumento se concentra en la promoción de la justicia mediante la administración del derecho por parte de los tribunales, dentro de las interpretaciones humanísticas o basadas en derechos que se describen arriba. En el contexto del desarrollo, se concentra más ampliamente en la promoción de la justicia en sus otras interpretaciones políticas, económicas y sociales.

La justicia en el desarrollo debería ocuparse de traer a la vida los derechos consagrados en el derecho consuetudinario, doméstico o internacional. El desarrollo sin un concepto 'robusto' de justicia como equidad no solo es insuficiente, sino que es perverso; concentrarse en mejorar la eficiencia 'estrecha' de un sistema judicial cautivo no hace más que acelerar la impunidad de apropiación de tierras por

79 Nuestra percepción (o percepciones) innata de justicia puede variar, lo cual genera la necesidad de articular una teoría de justicia justamente para traer la razón a colación en el diagnóstico de lo justo y lo injusto.

80 T Hobbes, Leviathan 1651 J Plamenatz (ed.) (Collins, 1962).

81 Los principales tratados de la ONU comprenden: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), más protocolos opcionales. Otras normas internacionales incluyen: Principios Básicos Relativos a la Independencia del Poder Judicial; Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, 2002; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados; Directrices sobre la Función de los Fiscales; y Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.

parte de la elite, como se manifestó tan crudamente en Camboya.⁸²

He sostenido que incluso el niño alegórico de cuatro años sabe que la justicia es importante. ¿Pero por qué? Este concepto fundacional de justicia es universal, *a priori*, incluso hasta visceral. La justicia es esencial para mantener la armonía cívica y resolver conflictos, mantener la paz y la seguridad, asegurar el crecimiento y la buena gobernanza, y hacer posible el ejercicio de derechos. La importancia de la justicia se hace evidente en cuanto la justicia es denegada. Una sociedad sin justicia es la antítesis de una noción de igualdad de oportunidad. Recién ahora la justicia está siendo reconocida en el discurso en términos diferentes a los economicistas, como lo demuestra el *World Development Report 2011*.⁸³

Este reconocimiento genera un espacio para admitir a la justicia al panteón de la economía política del desarrollo, y enmarca un debate vital sobre el rol de la justicia y su relación crucial con la promoción del estado de derecho.

Debate entre el institucionalismo y el humanismo

Un análisis pormenorizado del trayecto de la reforma judicial expone una competencia no resuelta por una teoría exhaustiva de reforma judicial. Se trata de una competencia entre una justificación económica o política instrumentalista y una justificación antropocéntrica más reciente. La justificación económica o política prevaleciente se basa en gran parte en el pensamiento de Weber y North, destacados entre otros, que constituye el modelo 'nuevo de economía institucional'.

Weber ha ejercido una influencia directa sobre la formulación de las modalidades de reforma judicial. Representa la proposición clave del desarrollo que sostiene que las doctrinas legales modernas de propiedad y contrato ejercido por un poder judicial independiente y técnicamente competente constituyen el mejor medio para sortear el riesgo de las transacciones con extraños.⁸⁴ North extiende este pensamiento con la noción de 'reglas de juego'. Define a las 'instituciones' –que no deben ser confundidas con organizaciones– de la siguiente manera:

'las reglas de juego en una sociedad o, en términos más formales, las limitaciones ideadas por el ser humano que moldean la interacción humana. En consecuencia, estructuran los incentivos en el intercambio humano, ya sea político, social o económico'.⁸⁵

Estas reglas del juego constituyen la base para la escuela del institucionalismo, que ha sido influenciado de forma generalizada por el desarrollo en los últimos 20 años, particularmente en lo que respecta a la gobernanza. Esta es una teoría elegantemente poderosa e influyente, que ha dado lugar a una generación de investigación empírica para identificar los determinantes económicos del crecimiento.⁸⁶ Esta teoría se ha usado para asignarle al Estado la función de apoyar al mercado a través de instituciones clave como los tribunales para asegurar la propiedad y el contrato, que son necesarios para el crecimiento económico basado en la inversión y para promover la buena gobernanza.

Pero, ¿*funciona*? En el mejor de los casos, la evidencia disponible es ambigua. Hay poco consenso acerca de que esta modalidad institucionalista para el estado de derecho genere crecimiento. Al contrario, Polanyi y Chang demuestran que la historia nos revela que el crecimiento conlleva al estado

82 Las definiciones 'estrechas' de justicia son formales, minimalistas y procedimentales. Roz y Fuller son los máximos exponentes de conceptos de justicia formal, y por lo tanto de reforma judicial, 'estrecha'. Sostienen que las personas racionales necesitan de un sistema predecible para guiar sus comportamientos y organizar sus vidas. Los preceptos de la modalidad 'estrecha' sostienen que el derecho debe ser prospectivo, abierto, claro y estable. J Raz, *The authority of law* (Oxford University Press 1979), 214–218; véase también: L Fuller, 'Positivism and fidelity to law – a reply to Professor Hart' (1958) 71, 4 *Harvard Law Review* 630–672; y L Fuller, *The morality of law*, (New Haven, Yale University Press, 1964). Las nociones 'robustas', por otra parte, equiparan al 'estado de derecho' con algo elemental para una sociedad justa, y lo vinculan con los conceptos de libertad y democracia. Las reformas 'robustas' abordan objetivos sustantivos como el aumento de los derechos de los individuos, el fortalecimiento de las instituciones políticas y la estabilización de la economía. Este concepto garantiza las libertades individuales básicas y los derechos civiles y políticos al mismo tiempo que requieren que se limite el poder del Estado. Dworkin es un proponente destacado de la modalidad 'robusta', y sostiene que la esencia de la justicia y del estado de derecho incluye a los principios morales universales y se vincula con la libertad. R Dworkin, *Taking rights seriously* (Duckworth 1978).

83 Véase *supra* nota 57.

84 M Weber, 'Politics as a vocation' (1918) en H Gerth y W Mills (ed.) 1948, *From Max Weber: essays in sociology* (Routledge 1948) 77–128 y M Weber, *Law in economy and society* en M Rheinstein (ed.) y E Shils (trad.) (Harvard University Press 1954), en particular.

85 D North, *Institutions, institutional change, and economic performance* (Cambridge University Press 1990), 3.

86 *Ibid.*

de derecho y no *vice versa*.⁸⁷ Si bien claramente existe alguna evidencia empírica de esta correlación que muestra que las instituciones en realidad sí importan, la correlación no es lo mismo que la causación. Rodrik advierte que todavía tenemos una comprensión limitada de *cómo* importan para el fin de formular una política de desarrollo.⁸⁸ Esto de alguna manera explica el desempeño decepcionante de la reforma judicial hasta ahora.

Esta modalidad ‘institucionalista’ de desarrollo se encuentra ahora bajo creciente escrutinio por no satisfacer suficientemente las necesidades de los pobres. Sobre la base del pensamiento de Rawls y Sen en particular, una teoría antropocéntrica más reciente ahora ofrece una alternativa basada en derechos que se concentra en la importancia constitutiva de la promoción de la justicia. Esta teoría asigna al desarrollo la función de dotar de capacidad a los pobres –a aquellas personas con derecho de libertad y oportunidad.

El concepto de justicia como equidad es expuesto poderosamente por Rawls en *A Theory of Justice*. Este concepto se basa en la noción aristotélica de justicia, y más recientemente en la noción del contrato social de los filósofos de la Ilustración, particularmente Locke y Rousseau. Rawls sostiene que los principios de justicia forman la estructura básica de la sociedad y, por lo tanto, son objeto del contrato social original. De hecho, las cuestiones de justicia preceden las cuestiones de felicidad –es decir, lo correcto precede a lo bueno. Él llama a esto ‘justicia como equidad’. La noción de equidad puede ser definida en términos de igualdad, necesidad, reciprocidad o desierto.⁸⁹ Para Rawls, la justicia como equidad se basa en la idea de que las personas fueron cubiertas originalmente por un velo de ignorancia, pero fueron motivadas por un auto-interés racional de maximizar de forma colectiva la oportunidad de acceder a una buena vida.⁹⁰ Este concepto de justicia como equidad es encarnado en el ‘principio de diferencia’:

‘Cada persona tiene el mismo derecho a un esquema adecuado de derechos y libertades básicos, que es compatible con un esquema único para todos; y dentro de este esquema las libertades políticas iguales, y solo esas libertades, tienen garantizado un valor equitativo.

Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primero, deben estar asociadas a puestos y cargos abiertos a todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades; y segundo, deben ser de mayor beneficio para los miembros más desaventajados de la sociedad’.⁹¹

La modalidad normativa de Rawls en lo que respecta a este derecho es de importancia fundamental para brindar una noción contemporánea de justicia. Sen extiende esta idea y su pensamiento es de primordial importancia para alejar al discurso del desarrollo de los paradigmas utilitarios prevaletentes con sus preocupaciones económicas. Sostiene que la tradición económica de concentrarse en la acumulación de ingresos y riquezas denota indiferencia distributiva hacia las nociones de igualdad y la inobservancia de los derechos. No es adecuado concentrarse exclusivamente en las desigualdades en la distribución de ingresos para comprender la pobreza y la desigualdad económica. Trata a la pobreza como la falta de capacidad para desarrollar y ejercer las habilidades personales, que reflejan las verdaderas libertades y oportunidades de una persona.⁹² Por lo tanto, el bienestar es una función de cuán plenamente un individuo ejerce sus capacidades humanas.

La importancia estremecedora de este pensamiento subyace en su potencial de ir más allá de la

87 K Polanyi, *The great transformation: the political and economic origins of our time* (2a ed., Beacon 2001); H Chang, *Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective* (Anthem 2002).

88 D Rodrik, A Subramanian y F Trebbi, ‘Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development’ (2002) documento de trabajo no. 97, Center for International Development, Harvard, 4. Los problemas de endogeneidad y causalidad reversa plagan a cualquier investigador empírico que trata de dar sentido a la relación entre estos factores causales (en 3). Y, D Rodrik, ‘Getting institutions right’ (2004) DICE Report, Harvard 10–16 www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20DICE%20Report%202004/CESifo%20DICE%20Report%202/2004/dicereport204-forum2.pdf, 10.

89 Véase, p. ej., M Sandel, *Justice: what is the right thing to do?* (Farrar Strauss & Giroux 2009).

90 El velo de ignorancia puede ser comparado con la noción smithseana del espectador imparcial. En cambio, Smith se pregunta, ¿cómo interpretaría un ‘espectador imparcial’, es decir, alguien que observa desde afuera, un determinado estado de hecho? Smith 1759.

91 J Rawls, *A Theory of Justice*, (publicado por primera vez en 1971, versión revisada de OUP 1999), Oxford University Press, 13. Véase también, J Rawls, ‘A theory of justice’ en J Arthur y W Shaw (ed.), *Justice and economic distribution* (Prentice Hall 1978); J Rawls, ‘Justice as fairness: political not metaphysical’ *Philosophy and Public Affairs* (1985) 14,3 223–251; y J Rawls, *Justice as fairness: a restatement* (Belknap Press 2001).

92 A Sen, ‘As Biko Knew, Powerlessness in Actual Lives is the Hurdle Justice Must Clear’ *Guardian*, 23 de marzo de 2010, disponible en www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2010/mar/23/social-justice-philosophy-freedom.

lógica neoliberal basada en el mercado para la reforma judicial defendida por Weber y North. La defensa que hace Sen del desarrollo basado en derecho complementa a la teoría de reforma judicial y coloca al ser humano –y no al Estado, el mercado o la agencia para el desarrollo– en el lugar del actor central del proceso de desarrollo. El desarrollo económico no puede ser tratado como un fin en sí mismo. El desarrollo debe concentrarse más en mejorar las vidas que llevamos y las libertades que gozamos.⁹³ Para esta proposición fundamental, invoca la lógica de Aristóteles para que la polis contribuya a la buena vida de sus ciudadanos:

‘La riqueza obviamente no es el bien que buscamos, porque sirve solo como medio para obtener otra cosa’.⁹⁴

En la obra fundamental, *Development as Freedom*, Sen inicialmente construye sobre Rawls para posicionar a la justicia como un factor fundamental para mejorar la calidad de vida. Esto se relaciona de cerca con su visión del rol del Estado para prestar bienes básicos como salud, educación e instituciones eficaces para el mantenimiento de la paz y el orden social. En su obra más reciente, *The Idea of Justice*, Sen analiza la teoría de justicia en base a nociones de libertad, igualdad y equidad, que para él no se limitan al canon de la ‘Ilustración’ occidental. Esta teoría consecuencialista se basa en una crítica más reciente de la teoría de justicia de Rawls como equidad, en particular, por preocuparse demasiado de las instituciones justas, el libertarismo institucional y lo que él denomina el pensamiento ‘contractualista’. Sen sostiene que el ‘institucionalismo trascendental utópico’ o la justicia absolutamente perfecta son inalcanzables ante la falta de cualquier acuerdo respecto de conceptos universales de justicia o soberanía global. Por el contrario, es mejor concentrarse en cómo una sociedad puede mejorar con respecto a su estado actual, dado su patrón real de injusticias. Esta pregunta aborda las interpretaciones reales de justicia, en vez abordar correctamente solo la cuestión de las instituciones; y lo hace mediante la siguiente pregunta: ¿qué reformas internacionales debemos hacer para que el mundo sea un poco menos injusto? La idea de justicia de Sen es mensurable en términos de injusticias remediabiles y mejoramiento comparativo de las vidas humanas, las libertades, las capacidades y el bienestar.⁹⁵ Integra un discurso filosófico imponente, que aborda nociones más globalmente pluralistas de justicia para concentrarse en las valoraciones de las interpretaciones sociales y los aspectos comparativos de la mejora de la justicia. Esta poderosa articulación puede comprenderse en parte como si buscara reponer el concepto de justicia a partir de las restricciones hegemónicas de la apropiación neoliberal descrita arriba.

La principal implicancia de este razonamiento es que introduce una justificación ‘constitutiva’ de la justicia como central para la promoción del estado de derecho, donde los derechos del individuo son el eje principal. Este razonamiento es profundo en su reconsideración de la teoría de reforma judicial. Primero, brinda un paradigma alternativo para la modalidad institucionalista de reforma judicial. Segundo, influye notablemente sobre la evolución de la iniciativa de generar modalidades basadas en derecho y concentradas en el acceso a la justicia, como son las modalidades de las agencias de la ONU, y las iniciativas más recientes del Banco Mundial de justicia para los pobres. Por debajo de estas dos modalidades subyace la lógica de la reforma, que se basa en la noción de empoderamiento, una noción que actualmente está siendo adoptada por muchos analistas.⁹⁶

La economía no puede estar por encima de la justicia –aunque resulta increíble que lo haya estado a nivel discursivo hasta el momento. La tensión entre utilidad y bienestar acumulado por un lado, y equidad y bienestar individual por el otro, se encuentra en el eje de la política de reforma. En la medida en que puede haber nociones emergentes de desarrollo equitativo que sustituyen al crecimiento acumulativo como el actual mantra del desarrollo, está claro que la promoción del estado de derecho está frenando el discurso.

93 A Sen, *Development as freedom* (Random House 1999), 14.

94 Aristóteles, *Nicomachean ethics* (J Thomson trad., Penguin 1955 (revisado en 2004)) 9; ‘La buena vida es el fin último, tanto para la comunidad en su totalidad como para cada uno de nosotros como individuo’. También, Aristóteles, *Politics*, E Barker, (ed.) (Oxford University Press 1958) Libro 3, Constitutions, Capítulo vi, en 111.

95 A Sen, *The idea of justice* (Penguin 2009), 6 y 25.

96 Véase p. ej., M Anderson, ‘Access to justice and legal process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs’ (2003) documento de trabajo no. 178, Institute of Development Studies, Brighton; S Golub, ‘Legal empowerment: impact and implications for the development community and the World Bank,’ en C Sage and M Woolcock (ed.) (2006) pg. 167–183; G Brown y F Stewart, ‘The implications of horizontal inequality for aid’ documento de trabajo no. 36 de CRISE (Department of International Development, University of Oxford 2006), entre otros.

Evidencia empírica sobre los determinantes económicos del crecimiento

Se requiere una breve referencia a la escasa evidencia empírica de que la reforma judicial ha alcanzado un objetivo económico. Si bien esto no indica que los esfuerzos anteriores han sido del todo sombríos, sí revela la urgente necesidad de una modalidad mejorada. La fragilidad de esta evidencia empírica demanda tanto un análisis más profundo como una reformulación fundamental dentro de la cual enmarcar la modalidad de la política pública.

Un análisis minucioso de la evidencia empírica disponible afirma solo algunos elementos de la política instrumentalista que sostiene que el estado de derecho sirve fines económicos o políticos. Una síntesis de la investigación empírica indica que existe suficiente evidencia para sostener las siguientes proposiciones:

- La ayuda es una herramienta importante para mejorar los prospectos de desarrollo de los países pobres;
- El desarrollo institucional puede contribuir al crecimiento, y el crecimiento puede contribuir al desarrollo institucional de manera multi-direccional.
- La buena gobernanza contribuye a la inversión y al crecimiento; sin embargo, la ayuda corroe la gobernanza y no se correlaciona con la democracia; y la corrupción se asocia con el gobierno ineficiente y el bajo crecimiento.
- El crecimiento y la inversión crecen ante la presencia de instituciones que protegen la propiedad y los derechos contractuales, y la asistencia sirve para el crecimiento cuando hay políticas buenas –aunque esta relación se describe como insignificante y frágil por analistas expertos.
- Los poderes judiciales eficientes, independientes y responsables se asocian con el crecimiento; de hecho, existe un vínculo entre la reforma judicial y el desarrollo económico, pero todavía no se comprende cabalmente de qué forma.
- La exigencia local del cambio es más importante que el origen de la reforma.⁹⁷

Para los fines de la formulación de políticas de desarrollo, esta evidencia es incompleta, calificada y muchas veces ambigua; asimismo, en ocasiones es abiertamente cuestionada por sus mismos partidarios.

No hay ninguna evidencia consistente de que la reforma judicial haya logrado su objetivo declarado de aliviar la pobreza. La economía mundial ciertamente ha crecido. Académicos como Stiglitz, Sachs y Collier destacan que ha habido un crecimiento económico sin precedentes en muchos países del mundo en desarrollo.⁹⁸ Pero, al mismo tiempo, hay evidencia irrefutable de la creciente brecha de desigualdad, que se destaca en el *World Development Report* del 2006.⁹⁹ Los ricos se han hecho más ricos, pero los pobres ni se han vuelto más ricos, ni lo han hecho más lentamente. Una vez desarticulada la medición del crecimiento, queda claro que la promoción del crecimiento económico no ha logrado aliviar la pobreza. Asimismo, ha tenido el efecto perverso de exacerbar la desigualdad.

Las justificaciones económicas prevalecientes para la política del desarrollo no se sostienen firmemente sobre bases empíricas. La evidencia es incompleta y cada vez más cuestionada desde adentro. Esto se revela en las investigaciones de Dollar y Kraay, Knack y Keefer, Djankov, Feld y Voigt, La Porta y North y Rajan, cuyo trabajo colectivo ha sido particularmente importante en la reformulación

97 Para una discusión más profunda sobre la evidencia empírica véase, en particular, L. Armytage *Reforming Justice: a journey to fairness in Asia* (Cambridge University Press 2012), cap. 5.

98 J. Stiglitz 2000 y J. Stiglitz, *Globalization and its discontents* (Penguin 2002); J. Sachs, *The end of poverty* (Penguin 2005); y P. Collier, *The bottom billion: why the poorest countries are failing and what can be done about it* (Oxford University Press 2008); en particular.

99 Véase *supra* nota 50.

de la principal política de desarrollo del Banco Mundial y otros donadores importantes.¹⁰⁰ En años recientes, se ha investigado extensivamente la relación clave entre asistencia, gobierno e instituciones de justicia y crecimiento. Esta pregunta convalida la existencia de ciertas relaciones importantes entre justicia, buena gobernanza y crecimiento económico. Pero, al mismo tiempo, revela que muchos temas importantes siguen siendo cuestionados; una gran parte de la evidencia es ambigua; y hay numerosas brechas en el conocimiento. Como destaca Rodrik, las preguntas fundamentales sobre la cadena de causalidad siguen sin responderse y son centralmente problemáticas.¹⁰¹ Mientras Kaufmann insiste, por ejemplo, que la buena gobernanza, como institución, es un factor predeterminante del crecimiento, otros como Arndt y Oman directamente cuestionan la integridad de esa declaración.¹⁰² Chang presenta, persuasivamente, el argumento inverso de que el desarrollo causa buenas instituciones, que evoca recuerdos de la tesis temprana de Polanyi, revista por Stiglitz. Se requiere, evidentemente, de mucha más investigación empírica antes de poder comprender los determinantes clave de la buena vida, y el rol de la reforma judicial en su promoción. Además, hay una marcada deficiencia en la investigación correspondiente sobre las dimensiones equitativas y distributivas de la justicia como determinante del bienestar, que es una dimensión faltante en la investigación del alivio de la pobreza.

En conjunto, la falta de una justificación empírica convincente y antecedentes de resultados decepcionantes generan un imperativo de realinear nuestra modalidad con el estado de derecho y promover la justicia.

El camino a seguir: realineación del estado de derecho para la promoción de la justicia

Queda ahora claro que hay una serie de retos filosóficos, conceptuales y técnicos no resueltos en lo que respecta a la reforma judicial. El anterior estudio de la literatura y análisis de la práctica indica que la modalidad prevaleciente de promoción del estado de derecho es manifiestamente insuficiente.

Propongo superar esta insuficiencia mediante una realineación fundamental del propósito del estado de derecho para promover la justicia como equidad y la imparcialidad. Esto requiere de la inclusión de una modalidad antropocéntrica, basada en derechos, para mejorar la justicia constitutivamente. Esta realineación complementa la deficiencia en la modalidad instrumental prevaleciente para la reforma judicial con una concepción más 'robusta', y le brinda a aquellas personas pobres y sin poder los medios para ejercer sus derechos sustantivos.

Como practicante, me resulta importante destacar que esta realineación es accionable en la práctica. Permítanme ilustrar cómo esta modalidad puede ser puesta en la práctica con una taxonomía para el desarrollo justo que se detalla a continuación. Esta taxonomía es indicativa de las injusticias del 'mundo real' de la práctica del desarrollo, que muchas veces son dejadas de lado por las reformas más amplias de desarrollo o aquellas centradas en los tribunales. Brinda una muestra de situaciones comunes que ilustran la susceptibilidad de una modalidad concentrada en la justicia para con el desarrollo. Identifica los derechos y especifica los indicadores que miden la justicia a lo largo de las principales

100 D Dollar y A Kraay, *Growth is good for the poor* (2000) World Bank, Washington, DC http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/22015_Growth_is_Good_for_Poor.pdf; S Knack y P Keefer, 'Institutions and economic performance: cross-country tests using alternative institutional measures' (1995) *Economics and Politics*, 7,3: 207-227; S Knack and P Keefer, 'Does social capital have an economic payoff? A cross-country investigation' (1997) *Quarterly Journal of Economics*, 112,4: 1251-1288; S Djankov, R La Porta, F Lopez-de-Silanes, y A Shleifer, 'Appropriate Institutions' (2002) Banco Mundial, Washington, DC; S Djankov, R La Porta, F Lopez-de-Silanes y A Shleifer, 'Courts' (2003a) *Quarterly Journal of Economics*, 118,2: 453-517. L. Feld, y S Voigt, 'Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators' (2003) *19 European Journal of Political Economy*, 497-527; R La Porta, F Lopez-de-Silanes, A Shleifer y R Vishny, 'Law and finance' (1998) *Journal of Political Economy*, 1113-1155; R La Porta, F Lopez-de-Silanes, A Shleifer and R Vishny, 'Quality of government' (1999) *15,1 Journal of Law, Economics and Organization* 222-279, R La Porta, J Botero, F Lopez-de-Silanes, A Shleifer y A Volokh, 'Judicial reform' (2003) *18:1 World Bank Research Observer*, 61-88; R La Porta, F Lopez-de-Silanes, C Pop-Eleches y A Shleifer, 'Judicial Checks and Balances' (2004) *112:2 Journal of Political Economy*, 445-470; R La Porta, F Lopez-de-Silanes and A Shleifer, 'The economic consequences of legal origins' (2008) *46:2 Journal of Economic Literature*, 285-332; entre otros.

101 Véase *supra* nota 87.

102 Por ejemplo, D Kaufmann, A Kraay y M Mastruzzi, 'The worldwide governance indicators project: answering the critics' (Banco Mundial 2007) http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/1740479-1149112210081/2604389-1167941884942/Answering_Critics, en particular; véase también C Arndt, y Coman, *Use and abuse of governance indicators*, (Centro de Desarrollo de la OCDE 2006).

dimensiones del desarrollo. Pueden hacer referencia al delito (*sociales*), el comercio y la seguridad laboral (*económicos*), la buena gobernanza (*políticas*), y los derechos y oportunidades (*humanísticas*). También propone los datos necesarios para medir la relación entre la reforma concentrada en la justicia y su objetivo de mejorar el bienestar cívico.

Brinda ejemplos de las injusticias que afectan los derechos de las personas –de las niñas afganas, a los políticos de Bangladesh, mujeres dalit de Nepal, empresarios vietnamitas, trabajadores palestinos y taxistas paquistaníes– junto con indicadores de desempeño. Estos indicadores especifican los medios con los cuales se puede medir el éxito de la reforma. Estos son diversamente medibles en términos de la habilitación de los derechos, por ejemplo, para el contrato y la titularidad, la seguridad física y general, el juicio imparcial, la resolución de disputas y el capricho burocrático.

Taxonomía del desarrollo justo

Situación humana	Injusticia sufrida	Derecho(s) a ejercerse	Indicadores de medición	
			A nivel del desarrollo	Centrado en los tribunales
Mujeres dalit de Nepal	Ataques sexuales	Derechos accionables a la seguridad física e integridad de la persona; fuentes: derecho local, DUDH, PIDCP, CEDAW, CEDR.i	Estándares públicos de dignidad, tolerancia y respeto por el estado de derecho.	Acceso a la asistencia legal; índices de criminalidad, condenas y compensación.
Persona aborigen australiana	Acoso policial y exceso de prisión	Derechos accionables de las personas indígenas a un trato igualitario y a la no-discriminación; fuentes: derecho local, DUDH y CEDR.	Estándares públicos/policiales de dignidad, tolerancia y respeto por el estado de derecho.	Acceso a la asistencia legal, condenas, desviación de detención/prisión.
Empresario vietnamita	Incumplimiento contractual	Derechos accionables a la seguridad económica, compensación económica oportuna; fuentes: derecho local, PIDES.	Productividad comercial; confianza empresarial.	Demandas civiles, indemnizaciones.
Taxista pakistani	Extorción por parte de funcionarios públicos	Derechos accionables a la buena gobernanza, integridad y a ser libre de acoso; fuentes: derecho local, PIDES, CNUCC.	Compensación administrativa y procedimientos disciplinarios.	Procesos penales, compensación.
Agricultor camboyano	Despojo	Derechos accionables al hábitat y seguridad económica; fuentes: derecho local, PIDES.	Políticas públicas, defensa mediática; percepciones públicas de la gobernanza.	Acceso a la asistencia legal, a la toma de posesión, compensación.
Niña afgana	Barreras a la educación	Derechos accionables a la educación; fuentes: constitución local/derecho local, DUDH, PIDES, CEDAW, CDN.	Inscripción escolar; alfabetización; empleo.	Aplicación judicial de la constitución.
Periodista azerbaiyano	Detención y tortura	Derechos accionables a la libertad de expresión; fuentes: derecho local, DUDH, PIDCP, CT.	Libertad de prensa, defensa mediática política; percepciones públicas de la gobernanza.	Quejas; revisión y reparación judicial.
Aldeano samoano	Destierro	Derechos accionables a la seguridad de hábitat; fuentes: políticas públicas y derecho local, DUDH, PIDES.	Armonía cívica, solución consuetudinaria de controversias.	Quejas; revisión y reparación judicial.
Político de Bangladesh	Juicio parcial	Derechos accionables a un juicio imparcial, debido proceso; fuentes: derecho local, DUDH, PIDCP, Principios de Bangalore.	Libertad democrática; percepción pública de la gobernanza.	Quejas contra la integridad judicial.
Trabajador palestino	'Cierres' que producen despidos	Derechos accionables al trabajo y libertad de movilidad; fuentes: derecho local, DUDH, PIDES.	Información de empleo.	Demandas civiles, indemnizaciones.

i Muestra de principales tratados de la ONU.

Cada uno de nosotros puede identificar fácilmente otros ejemplos de injusticias que plagan las vidas de las personas. Existen soluciones a estas injusticias basadas en derechos a lo largo de las dimensiones económicas, políticas, sociales y culturales del bienestar humano. Esta taxonomía es una herramienta analítica para ayudar a los responsables políticos a ver y abordar estas injusticias. Su fin es el de conceptualizar el desarrollo mediante el paradigma de organización basado en la promoción de la justicia como equidad e imparcialidad. Puede usarse para concentrarse en mejorar los aspectos específicos de la justicia, abordar situaciones particulares de injusticia humana y hacer posible el ejercicio de los derechos, mientras especifica cómo se han de medir las mejoras. Al hacerlo, puede abordar innumerables situaciones para promover los valores de igualdad, eficiencia, integridad, transparencia, rendición de cuentas, acceso y legitimidad, entre otros, en lo que respecta al desarrollo. No es una guía para litigantes de reclamos favorables a los pobres; solo pretende iluminar cómo el desarrollo puede promover de forma dinámica la justicia en todo el espectro de bienestar cívico.

En suma, este artículo sostiene que la reforma judicial debe promover la justicia y que la justicia debe concentrarse principalmente en la equidad e imparcialidad. El propósito central de la reforma judicial es hacer posible el ejercicio de aquellos derechos constituidos en el derecho internacional, local o consuetudinario. Estos derechos abarcan todo el espectro del bienestar cívico, que comprende las dimensiones económicas, políticas, sociales y humanísticas de cualquier sociedad. Llegar a un consenso sobre qué derechos promover puede ser difícil cuando se ponen en peligro los intereses de quienes detentan el poder, que a menudo ha obligado a los donantes a hacer concesiones pragmáticas en la práctica. Es por esta razón que la reforma judicial debe concentrarse en hacer posible el ejercicio de esos derechos que han sido dispensados políticamente en la ley.

Esta teoría de desarrollo basado en derechos replantea la modalidad del estado de derecho en el desarrollo internacional y asigna al ser humano –y no al Estado, el mercado o las agencias de desarrollo– la función de ser un actor clave en este proceso. Para llevar adelante esta visión de colocar la justicia en el centro del desarrollo, promocionando el bienestar social, se necesita un cambio de paradigma. La visión prevaleciente que se concentra en el crecimiento económico acumulativo implica poner el carro adelante del caballo. Al hacer hincapié en las nociones utilitaristas de eficiencia, se ha demostrado una indiferencia distributiva hacia las nociones de igualdad y se han inobservado los derechos. El desarrollo económico no puede tratarse razonablemente como un fin en sí mismo; los mercados son instrumentales al momento de brindar oportunidades sociales para las transacciones. Pero la búsqueda del crecimiento o la riqueza no puede ser el objetivo del desarrollo. El desarrollo debe brindar los medios para mejorar las vidas de las personas y fomentar el bienestar cívico. Para ello, la justicia debe yacer en el corazón de cualquier iniciativa de reforma.

Estas proposiciones realinean el estado de derecho con la immanencia de la justicia y la búsqueda de la equidad –notablemente para los pobres, que son los más vulnerables frente a eventos como la CFG– que ha sido reconocida como elemental para la sociedad humana ya desde Aristóteles:

‘El hombre, cuando perfeccionado, es el mejor de todos los animales; pero si se lo aísla del derecho y la justicia, es el peor de todos... La justicia, que es su salvación, pertenece a la polis; porque la justicia, que es la determinación de lo justo, es un ordenamiento de la asociación política’.¹⁰³

‘La justicia y la equidad ni son absolutamente idénticas ni genéricamente diferentes... Esta es la naturaleza esencial de la equidad; es una rectificación del derecho en la medida en que el derecho es defectuoso por su generalidad... Ahora está claro qué es la equidad, y que es justa, y superior a un tipo de justicia’.¹⁰⁴

103 Aristóteles, *Politics*, E Barker (ed.) (Oxford University Press 1958) Londres, (1253 a 15), 7.

104 Aristóteles, *Nicomachean ethics* (J Thomson trad., Penguin 1955 – revisado 2004), (1137a – 35) y (1137 b 25-35), 141.

BIBLIOGRAFÍA

*Artículos, libros, informes y páginas Web*¹⁰⁵

ADB, *Law and development in ADB: legal empowerment: advancing good governance and poverty reduction* (2001b) Manila www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2001.pdf

ADB, *Special evaluation study on ADB support to law and justice reform* (2007j) Manila www.adb.org/Documents/Evaluation/SES/ADB-Law-Justice-Reform/SES-Law-Justice-Reform.pdf

ADB, *Special evaluation study on performance of technical assistance*, Manila (2007k) www.adb.org/Documents/SES/REG/sst-reg-2007-02/SST-REG-2007-02.pdf

ADB OGC, 'Draft information Paper' (2007i) Manila www.adb.org/Documents/Evaluation/SES/ADB-Law-Justice-Reform/SES-Law-Justice-Reform-App1.pdf

ADB, IED, *ADB technical assistance for justice reform in developing member countries* (2009b) Manila www.adb.org/Documents/SES/REG/SES-REG-2009-06/SES-REG-2009-06.pdf

Alston P, 'Ships passing in the night: the current state of the human rights and development debate seen through the lens of the Millennium Development Goals' (2005) 27 *Human Rights Quarterly*.

Anderson M, 'Access to justice and legal process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs' (2003) documento de trabajo no. 178, Institute of Development Studies, Brighton

Aristóteles, *Nicomachean ethics* (Thomson J trad., Penguin 1955 – revisado 2004)

— *Politics*, Barker E, (ed.) (Oxford University Press 1958) Londres.

Armytage L, 'Pakistan's law and justice sector reform experience – some lessons' (2003) *Law, Social Justice and Global Development Journal* http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/igd/2003_2/armytage

— 'Training of judges: reflections on principle and international practice' (2005) 2.1 *European Journal of Legal Education* 21

— y Metzner L, *Searching for success in judicial reform: voices from the Asia Pacific experience* (Oxford University Press 2009)

— 'Judicial reform in Asia: case study of ADB's experience: 1990-2007' (2011) 3.1 *Hague Journal on the Rule of Law* 70.

— *Reforming Justice: a journey to fairness in Asia* (Cambridge University Press 2012)

Arndt C, and Oman C, *Use and abuse of governance indicators*, (Centro de Desarrollo de la OCDE 2006)

Barron G, 'The World Bank and rule of law reforms' (2005) documento de trabajo no. 05-70 (Development Studies Institute, LSE, Londres)

Bhansali L, y Biebesheimer C, 'Measuring the impact of criminal justice reform in Latin America' (2006) en Carothers T (ed.), 301

Biebesheimer C, y Payne M, *Inter-American Development Bank experience in justice reform: lessons learned and elements for policy formulation* (IADB 2001)

Bingham T, *The Rule of Law*, (Penguin 2011)

Burnside C, y Dollar D, 'Aid, policies, and growth' (2000) 90, 4 *American Economic Review* 847

Carothers T, 'The rule of law revival' (1998) 77, 3 *Foreign Affairs* 95

¹⁰⁵ Todos los sitios Web fueron consultados por última vez el 11 de febrero y 12 de julio de 2011.

- *Aiding democracy abroad: the learning curve* (Carnegie Endowment for International Peace 1999)
- ‘Promoting the rule of law abroad: the problem of knowledge’ documento de trabajo no. 34 (Carnegie Endowment for International Peace 2003)
- *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*, (Carnegie Endowment for International Peace 2006)
- Chang H, *Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective* (Anthem 2002)
- y Grabel I, *Reclaiming development* (Zed Books 2005)
- Collier P, *The bottom billion: why the poorest countries are failing and what can be done about it* (Oxford University Press 2008)
- *Catching up: what LDCs can do, and how others can help*, (Commonwealth Secretariat 2011)
- Craig D, and Porter D, *Development beyond neoliberalism: governance, poverty reduction and political economy* (Routledge 2006)
- Dahl-Østergaard T, Unsworth S, and Robinson M, *Lessons learned on the use of power and drivers of change: analyses in development cooperation*, (OECD-DAC network on governance 2005)
- Dakolias M, ‘A strategy for judicial reform: the experience in Latin America’ (1995) 35 Virginia Journal of International Law 167
- Dañino R, ‘Legal aspects of World Bank’s work on human rights: some preliminary thoughts’ (2006) en Sage C, y Woolcock M, (ed.) 295
- ‘Legal aspects of the World Bank’s work on human rights’ (2007) 41,1 International Lawyer 21
- Davis K, y Trebilcock M, ‘Legal reforms and development’ (2001) 22,1 Third World Quarterly 21
- DeShazo P and Vargas J, ‘Judicial reform in Latin America: an assessment’ (2006) policy papers on the Americas, xvii, study 2, Center for Strategic and International Studies, Washington, DC
- DFID (Department for International Development), ‘Briefing: using drivers of change to improve aid effectiveness’ (2005a) artículo de práctica, Londres
- DFID, ‘Political economy: how to’ (2009) nota, www.gsdrc.org/docs/open/PO58.pdf
- Djankov S, Glaeser E, La Porta R, Lopez-de-Silanes F y Shleifer A, ‘The New Comparative Economics’ (2002) Banco Mundial, Washington, DC, www.doingbusiness.org/documents/new_comparative_economics.pdf
- La Porta R, Lopez-de-Silanes F y Shleifer A, ‘Appropriate Institutions’ (2002) Banco Mundial, Washington, DC
- La Porta R, Lopez-de-Silanes, F y Shleifer A, ‘Courts’ (2003a) 118,2 Quarterly Journal of Economics 453–517
- La Porta R, Lopez-de-Silanes F y Shleifer A, ‘Appropriate Institutions’ (2003b) conferencia anual sobre economía del desarrollo, Banco Mundial, Washington, DC 283–298
- Dollar D y Kraay A, Growth is good for the poor (2000) Banco Mundial, Washington, DC http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/22015_Growth_is_Good_for_Poor.pdf
- Dworkin R, *Taking rights seriously* (Duckworth 1978)
- Feld L y Voigt S, ‘Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators’ (2003) 19 European Journal of Political Economy 497–527
- Fuller L, ‘Positivism and fidelity to law – a reply to Professor Hart’ (1958) 71, 4 Harvard Law Review 630–672.

- *The morality of law*, (New Haven, Yale University Press, 1964)
- Golub S, 'Beyond rule of law orthodoxy: the legal empowerment alternative' (2003) documento de trabajo no. 41, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC
- *Legal empowerment: practitioners' perspectives* (IDLO, 2010)
- Hammergren L, 'Fifteen years of judicial reform in Latin America: where we are and why we haven't made more progress' (2000) USAID/G/DG Global Center for Democracy and Governance <ftp://pogarp.org/LocalUser/pogarp/judiciary/linn2/latin.pdf>
- 'Assessments, monitoring, evaluation and research: improving the knowledge base for judicial reform programs' (2002a)
- 'International assistance to Latin American justice programs: towards an agenda for reforming the reformers', (2003) en Jensen y Heller (ed.) 290-335
- 'Latin American Experience with Rule of Law Reforms and its Applicability to Nation Building Efforts' (2006) 38 Case Western Reserve Journal of International Law 63-93
- *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America* (Pennsylvania State University Press 2007)
- Hayek F, *The road to serfdom* (Routledge 1944)
- *The constitution of liberty* (University of Chicago Press 1960)
- Hobbes T, *Leviathan* 1651 Plamenatz J (ed.) (Collins, 1962)
- OIDD, *Legal and judicial development assistance: global report* (2010) Roma
- Jensen E y Heller T (ed.), *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law* (Stanford University Press 2003)
- Kaufmann D, *Misrule of law: does the evidence challenge conventions in judiciary and legal reforms?* (Banco Mundial 2001)
- y Kraay A, 'Growth without governance' (Banco Mundial 2002)
- 'Governance redux: the empirical challenge' (World Bank Institute 2004)
- Kraay A and Mastruzzi M, 'The worldwide governance indicators project: answering the critics' (Banco Mundial 2007) http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/1740479-1149112210081/2604389-1167941884942/Answering_Critics.pdf
- Kennedy D, 'The rule of law, political choices and development common sense' en Trubek y Santos (ed.) (2006) 19-73
- Kleinfeld-Belton R, 'Competing definitions of the rule of law: implications for practitioners' (2005) documento de trabajo no. 55, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC
- 'Competing Definitions of the Rule of Law' en Carothers, T (ed.) (2006) 31-74
- La Porta R, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A y Vishny R, 'Law and finance' (1998) 106,6 Journal of Political Economy 1113-1155
- Lopez-de-Silanes F, Shleifer A y Vishny R, 'Quality of government' (1999) 15,1 Journal of Law, Economics and Organization 222-279
- Botero J, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A y Volokh A, 'Judicial reform' (2003) 18,1 World Bank Research Observer 61-88
- Lopez-de-Silanes F, Pop-Eleches C and Shleifer A, 'Judicial Checks y Balances' (2004) 112,2 Journal of Political Economy 445-470

- Lopez-de-Silanes F y Shleifer A, 'The economic consequences of legal origins' (2008) 46,2 *Journal of Economic Literature* 285–332
- Leroy A, 'Rule of law and development' (2011) UN General Assembly Interactive Thematic Debate on the rule of law and global challenges, 11 de abril, Nueva York
- Messick R, 'Judicial reform and economic development: a survey of the issues' (1999) 14,1 *World Bank Research Observer* 117–136
- 'Judicial reform: the why, the what and the how' (2002) conference paper, 15–17 de marzo, Marrakech
- North D, *Institutions, institutional change, and economic performance* (Cambridge University Press 1990)
- 'Institutions' (1991) 5,1 *Journal of Economic Perspectives* 97–112
- , Wallis J, Webb S y Weingast B, 'Limited access orders in the developing world: a new approach to the problems of development' (2007) documento de trabajo del IEG no. 4359, Banco Mundial, Washington, DC
- OCDE-CAD, *Guidelines on terrorism prevention* (2003)
- *Handbook on security system reform: supporting security and justice* (2007)
- Peerenboom R, 'The future of rule of law: challenges and prospects for the field' (2009) 1 *Hague Journal on the Rule of Law*, 5–14
- Polanyi K, *The great transformation: the political and economic origins of our time* (2a ed., Beacon 2001)
- Porter D, 'Access to justice revisited' (2005) conference paper, University of Queensland, 1–3 de abril
- Rawls J, *A theory of justice* (ed. revisada Oxford University Press 1999)
- 'A theory of justice' in Arthur J y Shaw W (ed.), *Justice and economic distribution* (Prentice Hall 1978)
- 'Justice as fairness: political not metaphysical' *Philosophy and Public Affairs* (1985) 14,3 223–251
- *Justice as fairness: a restatement* (Belknap Press 2001)
- Raz J, *The authority of law* (Oxford University Press 1979)
- Rodrik D, Subramanian A y Trebbi F, 'Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development' (2002) documento de trabajo no. 97, Center for International Development, Harvard
- Rodrik D, 'Getting institutions right' (2004) DICE Report, Harvard 10–16 www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20DICE%20Report%202004/CESifo%20DICE%20Report%202/2004/dicereport204-forum2.pdf
- Sachs J, *The end of poverty* (Penguin 2005)
- Sage C and Woolcock M, *Breaking legal inequality traps: new approaches to building justice systems for the poor in developing countries* (Banco Mundial 2005)
- *The World Bank legal review: law equity and development* vol ii (Banco Mundial 2006)
- y Menzies N *Taking the rules of the game seriously: mainstreaming justice in development* (2009) documento de trabajo no. 51845, Banco Mundial, Washington, DC
- Sandel M, *Justice: what is the right thing to do?* (Farrar Strauss & Giroux 2009)
- Sen A, *Development as freedom* (Random House 1999)
- 'What is the role of legal and judicial reform in the development process' en Sage C y Woolcock M

(eds) 33–49

— *The idea of justice* (Penguin 2009)

Shihata I, 'Human rights, development and international financial institutions' (1992) 8, 35 *American University Journal of International Law and Policy* 27–37

— 'World Bank and legal technical assistance: initial lessons' (1995b) artículo de investigación de políticas públicas del departamento legal no. 1414, Banco Mundial, Washington, DC

— 'Democracy and development' (1997a) 46,3 *International y Comparative Law Quarterly* 635–643

Stiglitz J, *Globalization and its discontents* (Penguin 2002)

— *Making globalisation work* (Norton 2006)

Tamanaha B and Bilder R, 'Lessons of law-and-development studies' (1995) 89 *American Journal of International Law* 470–486

— 'Rule of law and legal pluralism in development' (2011) 3 *Hague Journal on the Rule of Law* 1–17

Trubek D and Galanter M, 'Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States' (1974) 4 *Wisconsin Law Review* 1062–1102

— y Santos A, *The new law and economic development: a critical appraisal* (Cambridge University Press 2006)

Upham F, 'Mythmaking in the rule of law orthodoxy' (2002) documento de trabajo no. 30, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC

USAID, *Handbook on fighting corruption* (1999) Washington, DC

— *Guidance for promoting judicial independence and impartiality* (2002) Washington, DC

Weber M, 'Politics as a vocation' (1918) en Gerth H y Mills W (eds.) 1948, *From Max Weber: essays in sociology* (Routledge 1948) 77–128

Weber M, *Law in economy and society in Rhinein M* (ed.) y Shils E (trad.) (Harvard University Press 1954)

Williamson, J, 'What Washington means by policy reform' en Williamson J, *Latin American adjustment: how much has happened* (Institute of International Economics 1990 (actualizado en 2002)) 5–20 <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486>

Wolfensohn J, Proposal for a comprehensive development framework (1999) <http://web.worldbank.org/WBSITE/DELETEDSITESBACKUP/0,,pagePK:60447~theSitePK:140576,00.html> (archivado)

Banco Mundial, *World Development Report 2001* (2001) Washington, DC

— *World Development Report 2002* (2002a) Washington, DC

— *Legal and Judicial Reform: Observations, Experiences and Approach of the Legal Vice Presidency* (2002b) Washington, DC

— *Legal and judicial reform: strategic directions* (2003) Washington, DC

— *Initiatives in legal and judicial reform* (2004b) Washington, DC

— *World development report 2006: equity and development (2005)* Washington, DC <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/0,,contentMDK:23062359~pagePK:478093~piPK:477627~theSitePK:477624,00.html>

— *Annual report* (2006b) Washington, DC

— *Initiatives in justice reform* (2009a) Washington, DC <http://go.worldbank.org/C4VN5MWDU0>

— ‘Justice for the poor: briefing pack’ (2009b) Segunda reunión del comité directivo, 4 de noviembre, Washington, DC

— *World development indicators* (2009e) Washington, DC <http://go.worldbank.org/U0FSM7AQ40>

— *World development report: conflict, security and development* (2011b) Washington, DC <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/0,,contentMDK:23252415~pagePK:478093~piPK:477627~theSitePK:477624,00.html>

Tratados y otros materiales internacionales

Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, abierto a la firma el 22 de julio 1944, 2 UNTS 134 (entrada en vigor el 27 de diciembre de 1945)

OCDE (tratado) 2005, *Declaración de París sobre eficacia de la ayuda: apropiación, armonización, alineación, resultados y mutua rendición de cuentas* www.oecd.org/dataoecd/11/41/34428351.pdf

ONU (tratado) 1985, *Principios básicos relativos a la independencia del poder judicial*, Séptimo congreso sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, UN Doc. A/CONF.121/22/Rev.1.

ONU (tratado) 2000, *Declaración del Milenio de las Naciones Unidas*, GA Res 55/2, UN GAOR, 55a Sesión, Sup. no 49, UN Doc. A/55/49 www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm

ONU (tratado), ‘Tratados internacionales básicos de derechos humanos’ New York, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, 2002 www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

Capítulo 6

La Crisis Financiera Global: ¿el Colapso de los Derechos Humanos?

Profesor Sigrun I Skogly¹

La CFG está afectando al mundo entero, pero afecta desproporcionalmente al mundo ‘Occidental’ o ‘desarrollado’. Esta parte del mundo ha tradicionalmente apoyado los derechos humanos de las personas, codificados en los tratados internacionales de derechos humanos y, en su mayor parte, a todos los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La CFG ha ejercido muchísima presión sobre las finanzas de los Estados, y los poderosos actores públicos y privados influyen fuertemente sobre la manera en la que los Estados reaccionan ante esta situación. En este capítulo se analizará cómo la CFG, y las reacciones que ha generado, afectan de forma desproporcional al goce de derechos humanos de los grupos vulnerables como las mujeres, las poblaciones indígenas y las personas que viven en la pobreza. En base a los tratados de derechos humanos relevantes, particularmente el PIDESC y PIDCP, en este capítulo se analizarán las formas en las que los Estados pueden balancear la presión generada por la CFG mientras cumplen con sus obligaciones para con los derechos humanos. Este artículo cerrará con un análisis de los peligros de ignorar los efectos adversos sobre los derechos humanos de la CFG en lo que respecta a estos grupos vulnerables.

‘Lo que comenzó siendo una crisis financiera rápidamente se está convirtiendo en una crisis global de los derechos humanos. Mientras que el aumento de la pobreza y la miseria amenazan el ejercicio de los derechos económicos y sociales, la represión de la protesta social amenaza los derechos civiles y políticos. Una creciente ola de xenofobia y discriminación ya está amenazando el bienestar de los migrantes y las minorías. Sin embargo, a pesar de las dimensiones de derechos humanos de la crisis, las respuestas del gobierno han fracasado terriblemente en tomar en cuenta sus obligaciones al respecto’.²

Introducción

La cita anterior introduce el trabajo del *Center for Economic, Social and Cultural Rights* [Centro para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante, el ‘Centro’] respecto de los efectos de la CFG sobre los derechos humanos. Esto hace eco de la repetida afirmación de Amnistía Internacional y otras organizaciones de derechos humanos de que en momentos de crisis, los derechos humanos cobran mayor importancia. Es relativamente simple para los Estados cumplir con sus obligaciones hacia los derechos humanos en momentos de paz y prosperidad. En la última década, han habido dos grandes

1 Profesor Sigrun I Skogly, Profesora de Derechos Humanos, Lancaster University, RR. UU.; Profesora Visitante, Buskerud University College, Noruega.

2 Center for Economic and Social Rights, ‘Rights in Crisis’ www.cesr.org/section.php?id=139 consultado el 12 de octubre de 2012.

crisis internacionales o globales que han puesto a prueba el compromiso con los derechos humanos a mayor escala: la que siguió a los acontecimientos del 11 de septiembre y los esfuerzos subsiguientes de contraterrorismo, y la de la CFG, que tuvo su primera manifestación clara en el verano de 2007 y continúa desafiando a los responsables políticos de instituciones nacionales, regionales y globales.

El análisis acerca de cómo pudieron ser afectados los derechos humanos por la CFG se podría haber enmarcado de distintas formas. Este es un tema de importancia para los politólogos, economistas, sociólogos y filósofos morales, entre otros. Sin embargo, los abogados internacionales no solo están interesados en este análisis, según la opinión del autor, sino que también tienen la responsabilidad de brindar una idea de cómo el derecho puede ser relevante, tanto en lo que respecta al abordaje de los eventos como a la manera en que pueden impactar sobre el goce de los derechos humanos. Asimismo, es importante determinar si las estructuras legales existentes pueden guiar a los responsables políticos respecto a cómo pueden cumplir con sus obligaciones relativas a los derechos humanos en tiempos de crisis. Se suele criticar a los abogados especializados en derechos humanos por estar más interesados en lograr la aprobación de normas (mediante la adopción y entrada en vigencia de tratados de derechos humanos) que en la búsqueda de la implementación y el cumplimiento de estas normas. En la actual CFG, es imperativo que los abogados especializados en derechos humanos cumplan con su responsabilidad de asegurar la implementación y el cumplimiento.

En el contexto del 'nacimiento' del derecho internacional de los derechos humanos mediante la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, los redactores de la Carta reconocieron claramente la fuerte conexión entre la protección de los derechos humanos y las sociedades pacíficas o, alternativamente, la violación de los derechos humanos y el conflicto. Los dos primeros párrafos del Preámbulo de la Carta reflejan el desdén por el 'flagelo de la guerra' y la 'falta en los derechos humanos fundamentales'. Por otra parte, el Artículo 1 de la Carta enumera los cuatro fines principales de la organización, una de ellas siendo la mantención de la paz y la seguridad,³ y la otra la promoción y el respeto por los derechos humanos.⁴ Esta conexión se reconoció además a principios de los años 1950 con la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y el desarrollo posterior del derecho de los derechos humanos mediante la ONU y las instituciones regionales. Este reconocimiento de la relación entre las violaciones a los derechos humanos y el conflicto debería hacer sonar las señales de alarma en todo el mundo donde actualmente se siente la CFG: es imperativo asegurar que los individuos y grupos de todo el mundo no sufran serias violaciones a los derechos humanos en tiempos de crisis económicas, no solo por el sufrimiento inmediato que esto conlleva, sino también por el posible conflicto, muchas veces violento, que muchas veces genera.

Eso dicho, es igual de importante que los abogados especializados en derechos humanos sean realistas y se abstengan de la tentación de ser dogmáticos. Si se genera una brecha entre, por un lado, los abogados especializados en derechos humanos y, por el otro, los políticos, se pierde la oportunidad de generar un diálogo constructivo y muy necesario.

Este capítulo se dividirá en tres partes sustantivas. La Parte 1 analizará cómo el goce de los derechos humanos se ve afectado por la CFG; la Parte 2 abordará la necesidad de balancear la presión de la CFG con el deber de cumplir con las obligaciones relativas a los derechos humanos y, por último, la Parte 3 se concentrará en algunos de los peligros de ignorar las cuestiones de derechos humanos al hacer frente a la CFG.

El efecto de la CFG sobre el goce de los derechos humanos

En los últimos años, la ONU, el Consejo de Europa, las ONG y otros han documentado la forma en la que la CFG afectó el goce de los individuos de los derechos humanos. En el invierno de 2009, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU realizó una sesión especial sobre derechos humanos y la CFG, y adoptó una resolución que reconoció claramente el efecto de la CFG sobre el goce de los derechos humanos. Tanto el Preámbulo de la resolución como su parte sustantiva confirmaban que 'la realización universal del goce efectivo de los derechos humanos está siendo desafiada debido a

³ Carta de la ONU (1945), Artículo 1(1).

⁴ *Ibid.*, Artículo 1(3).

las múltiples e interrelacionadas crisis globales económicas y financieras'.⁵ Asimismo, el Comisario del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos ha declarado que '[...] las personas vulnerables –a quienes aun en los mejores momentos les es difícil defender sus derechos– han sido más afectadas por los recortes presupuestarios en muchos países europeos'.⁶ Las ONG han abordado la cuestión en mayor detalle y varias organizaciones han informado sobre problemas específicamente relativos a los derechos humanos que surgen de los programas de austeridad u otros efectos de la CFG. En particular, el Centro ha considerado la situación de Irlanda y en un informe sostuvo que:

'Una recesión mal manejada, seguida de una serie de presupuestos de austeridad caracterizados por recortes retrógrados sobre el gasto social y la aversión a los aumentos impositivos, han socavado considerablemente los derechos a la educación, la salud, la vivienda, el trabajo y un nivel de vida adecuado. Los niveles de pobreza aumentan rápidamente, del mismo modo que los centros de salud y educación, que ya tenían dificultades, están siendo despojados de sus recursos'.⁷

En relación a Grecia, el experto independiente de la ONU sobre Deuda Externa y Derechos Humanos, Cephas Lumina, opinó que: 'La implementación de un segundo paquete de medidas de austeridad y reformas estructurales [...] probablemente tenga un fuerte impacto sobre los servicios sociales básicos y, por lo tanto, sobre el goce de los derechos humanos del pueblo griego, particularmente los sectores más vulnerables de la población, como los pobres, los ancianos, los desempleados y las personas con discapacidades'.⁸

Estos documentos, y otros similares, sobre los efectos negativos de las medidas de austeridad sobre el goce de los derechos humanos evidencian que la CFG, y las medidas que se toman a partir de ella, representan un verdadero problema para millones de personas en todo el mundo. Mientras que el efecto inmediato de los programas de austeridad pueden ser demostrados claramente en términos de violaciones a los derechos económicos y sociales, como el derecho a los alimentos, a la vivienda y al trabajo, mientras que los efectos subyacentes también afectan a los derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, la libertad de asamblea y asociación, y el derecho a ser libre de discriminación en base al género, la discapacidad, el estatus social y demás.⁹

Por lo tanto, el ejemplo anterior demuestra que las personas sufren problemas relativos a los derechos humanos como resultado de los programas de austeridad y de la CFG. La pregunta entonces es si esto implica que hay violaciones a los derechos humanos bajo el criterio de que las violaciones solo ocurren cuando se incumple una obligación,¹⁰ y que, por lo tanto, hay que ver qué obligaciones tienen los Estados en tiempos de crisis. Para los fines de este artículo, solo basaré la discusión en dos Pactos de Derechos Humanos: el PIDCP¹¹ y el PIDESC.¹² Estos dos pactos han sido ampliamente ratificados y,¹³ por lo tanto, conllevan obligaciones para una gran mayoría de Estados, entre los que se incluyen los países de la OCDE.¹⁴

5 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, S-10/1 *The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights*, Par. 1; 23 de febrero de 2009, disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/10/index.htm consultado el 12 de octubre de 2012.

6 Consejo de Europa, Comisario de Derechos Humanos, 'National Human Rights Structures can help mitigate the effects of austerity measures', disponible en www.coe.int/t/commissioner/news/2012/120531hrc_EN.asp consultado el 12 de octubre de 2012.

7 Centro para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 'Mauled by the Celtic Tiger: Human Rights in Ireland's Economic Meltdown', Rights in Crisis Briefing Paper, febrero de 2012, 4.

8 'Greek austerity measures could violate human rights, UN expert says', 30 de junio de 2011, disponible en: www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38901&Cr=austerity&Cr1 consultado el 12 de octubre de 2012.

9 'Bringing Human Rights to Bear in Times of Crisis: A human rights analysis of government responses to the economic crisis', Informe redactado en conjunto por varias ONG, entre ellas, ECSR-Net; el Centro para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y Center for Women's Global Leadership y Center of Concern, marzo de 2010, 8.

10 International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of the International Law Commission, (2001), Vol. II, Parte 2, Artículo 1 y 2.

11 Adoptado por la Asamblea General de la ONU (1966), Serie de Tratados de la ONU, Vol 999, no. 14668; entrada en vigor 1976.

12 *Ibid.*

13 Desde agosto de 2013, el PIDESC ha sido ratificado 160 veces; mientras que el PIDCP lo ha sido 167 veces. Para información actualizada sobre la ratificación, véase <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>.

14 EE. UU. no ha ratificado el PIDESC, pero la mayoría de los países de la OCDE sí lo han hecho.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Según el Artículo 2(1) del PIDESC, los Estados se comprometen ‘a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos’. Las disposiciones clave a tener en cuenta aquí son ‘adoptar medidas’, ‘tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas’ y ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. En este contexto, también ha de considerarse el Artículo 2(2), dado que contiene las disposiciones de no-discriminación del Pacto.¹⁵

Según la interpretación del Artículo 2(1), el requisito de que los Estados ‘adopten medidas’ implica que a) la inacción no estaría en conformidad con las obligaciones, y que b) las medidas regresivas no son aceptables.¹⁶ Esto significa que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas hacia la realización plena de los derechos contenidos en el Pacto, mediante los medios adecuados, y del uso máximo de sus recursos disponibles.¹⁷ En tiempos de crisis financieras, esta disposición general debe guiar a los Estados a considerar a los derechos humanos como consecuencias de las medidas de austeridad que se toman para aliviar los problemas financieros. De hecho, en sus recientes observaciones finales sobre el informe periódico presentado por España, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) le recomendó a España:

‘rever las reformas adoptadas en el contexto de la crisis financiera y económica actual para garantizar que todas las medidas de austeridad introducidas apoyen el nivel de protección alcanzado en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales y que, en todos los casos, estas medidas sean temporarias y proporcionales y que *no incidan negativamente* en los derechos económicos, sociales y culturales’.¹⁸

Además, la disposición relativa a la cooperación y asistencia internacional es de gran importancia en este contexto. Mientras se sigue debatiendo acerca de si existe una obligación firme de hacer transferencias financieras desde los países más ricos a los más pobres,¹⁹ es legítimo inferir que esta disposición es un reflejo del sentido de solidaridad con los Estados necesitados de asistencia para la implementación de derechos económicos, sociales y culturales y, por lo tanto, las medidas tomadas en un Estado que pueden tener efectos negativos sobre otros Estados se verían como un incumplimiento de estas obligaciones. Además, también se ha sostenido que en momentos de crisis (generalmente en referencia a desastres naturales o hechos por el hombre), la obligación de brindar asistencia es aún mayor.²⁰ La CFG ciertamente fue hecha por el ser humano, y según el criterio de algunas personas (como, por ejemplo, la población griega), las medidas que han sido tomadas para lidiar con la crisis pueden generar resultados similares a los desastres naturales en lo que respecta a los derechos humanos. Esto incluye el hambre, la falta de vivienda y la falta de capacidad para acceder a tratamientos médicos para salvar vidas. En estas situaciones, los Estados que están en condiciones deben hacerlo,²¹ y los Estados que influyen sobre las decisiones que afectan de forma adversa la situación de los derechos humanos tienen la obligación de diseñar decisiones de forma tal de evitar serios problemas relativos a los derechos humanos.²² La CFG es una crisis internacional, y una crisis generada a nivel internacional, a la que se debe responder con asistencia internacional mediante

15 El Artículo 2(2) dice: ‘Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’.

16 Philip Alston y Gerard Quinn, ‘The Nature and Scope of States Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ (1987) 9 Human Rights Quarterly 2, 166.

17 *Ibid.*, 177.

18 Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – España, 18 de mayo de 2012; UN Doc E/C.12/ESP/CO/5, par. 17 (sin cursivas en el original).

19 Magdalena Sepúlveda, ‘Obligations of ‘International Assistance and Cooperation’ in an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ (2006) 24 Netherlands Quarterly of Human Rights 2, 274.

20 PIDESC, Observación General No. 12 – Derecho a una alimentación adecuada como derecho humano (1999), par. 38.

21 PIDESC, Observación General No. 14 – Derecho al más alto nivel posible de salud mental y física (2000), par. 39.

22 Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada por un grupo de expertos reunidos en Maastricht, septiembre de 2011, par. 8 y 9.

el FMI o la UE para algunos países. La asistencia internacional impone condiciones importantes respecto de cómo se supone que se deben diseñar y llevar adelante las políticas públicas nacionales.²³ En estas situaciones, las instituciones internacionales responsables de las condiciones financieras de asistencia también deben tener responsabilidades relativas a los efectos de estas políticas públicas con respecto a los derechos humanos. Dejar estas responsabilidades a los Estados locales, que –por motivos prácticos– han perdido gran parte de su autonomía sobre las decisiones presupuestarias, no reflejaría la comprensión actual de las obligaciones de las organizaciones internacionales, incluidas las instituciones financieras internacionales y las instituciones regionales en cuestión, con respecto al derecho de los derechos humanos.²⁴

Otra cuestión pertinente en la CFG se relaciona con la interpretación de la disposición relativa al ‘máximo de los recursos de que disponga’ en el Artículo 2(1). La disposición no ha sido interpretada con claridad por la CDESC y otros organismos competentes. A partir de la redacción del artículo, y de la práctica del CDESC, queda claro que los recursos a los que se refiere son aquellos disponibles tanto a nivel local como internacional.²⁵ Sin embargo, en la CFG, es difícil sostener que habría un aumento importante de recursos disponibles para la implementación de los derechos económicos y sociales (u otros derechos humanos, dicho sea de paso). Esto no implica que la disposición relativa al ‘máximo de los recursos de que disponga’ sea ‘nulo o ineficaz’. Muy por el contrario: en situaciones en donde la base de recursos se ve seriamente afectada, como lo es actualmente en el mercado financiero mundial, se vuelve aún más importante que los recursos que están disponibles se utilicen al máximo en beneficio de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos y sociales. Por lo tanto, es una cuestión de gran prioridad asegurar que los recursos sean usados para proteger a los más vulnerables de la sociedad, y que el resultado *de facto* de las medidas de austeridad no sean discriminatorias respecto a las partes más débiles de la población.

Por lo tanto, el Artículo 2(1) del PIDESC no se limita a tiempos de prosperidad. Aún en tiempos de austeridad, los Estados siguen teniendo la obligación de asegurar que sus poblaciones no sufran violaciones a sus derechos económicos y sociales.²⁶ Esta es una obligación a nivel nacional como así también una obligación a nivel de la asistencia y cooperación internacional. Cuando los Estados actúan a nivel internacional –ya sea por cuenta propia o mediante instituciones internacionales, como las instituciones financieras internacionales o la UE– deben considerar los efectos de sus medidas sobre los derechos humanos e intentar todo lo posible para cumplir con sus obligaciones del Pacto. Está claro que la actual CFG es el resultado de la acción (o inacción) internacional de los Estados en lo que respecta a la regulación suficiente de las actividades financieras de actores gubernamentales y privados en el sector financiero. Además, las respuestas a la CFG se coordinan principalmente mediante los actores internacionales como el FMI y la UE. Como consecuencia, los actores deberían ver más allá de los beneficios financieros o económicos de las medidas tomadas para enfrentar la CFG e incluir un cuidadoso análisis de los efectos de estas medidas sobre los derechos humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Con respecto a los derechos civiles y políticos, la situación es algo diferente. Existe la creencia de que la CFG y los consiguientes programas de austeridad solo afectan los derechos económicos y sociales de los individuos, dado que el respecto por los derechos civiles y políticos aparentemente no se verían afectados por las limitaciones financieras. Esta modalidad se basa en la opinión de que la implementación de los derechos civiles y políticos no requieren ningún fondo público, o requieren muy pocos fondos. Sin embargo, mientras que la pregunta acerca de los recursos financieros para la implementación de los derechos civiles y políticos es un debate interesante en sí mismo, excede el marco de este artículo. Es destacable, no obstante, que la respuesta de los Estados a la CFG representan

23 ‘Spain and Italy criticise Berlin plan for EU to police budgets’ *The Guardian* (29 de octubre de 2012), disponible en: www.guardian.co.uk/world/2012/oct/29/europe-divided-european-union-budgets consultado el 1 de noviembre de 2012.

24 Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, (Oxford University Press 2006), Capítulo 4.2.

25 Principios de Limburgo sobre la Implementación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1987) UN Doc. E/CN.4/1987/17, Principio 26; véase también PDESC, Observación General No. 3 – Naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes (1990), par. 13.

26 Véase *supra* nota 18.

claras ilustraciones de la interdependencia e interrelación de los derechos económicos y sociales por un lado, y los civiles y políticos, por el otro. Los derechos civiles y políticos han sido afectados por la CFG y por las respuestas de los Estados al respecto.²⁷ Cabe destacar que el PIDCP no hace referencia directa a las obligaciones de asistencia internacional y cooperación; por el contrario, las obligaciones generales del artículo del PIDCP (Artículo 2(1)) estipulan que:

‘Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’.

Si bien el artículo aclara ‘en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción’, se ha reconocido que las obligaciones que surgen de este Pacto no son únicamente territoriales, sino que se extienden más allá del territorio del Estado Parte en algunas circunstancias.²⁸

Sin embargo, en el ámbito nacional/territorial, la actual CFG ha representado un importante riesgo para los derechos civiles y políticos. Tomando como ejemplo a Grecia, hay numerosos informes sobre el aumento de la xenofobia, la discriminación y la violencia contra los inmigrantes, y el maltrato de los solicitantes de asilo.²⁹ Amnistía Internacional también ha informado que las reacciones del Estado (a través de la policía y fuerzas de seguridad) incluyen prácticas gravemente violatorias de los derechos humanos, como el uso de la tortura contra solicitantes de asilo, entre otras.³⁰ Más ampliamente, en toda Europa, han habido manifestaciones masivas contra las medidas de austeridad introducidas por los gobiernos y la UE. Estas manifestaciones muchas veces surgen como reacciones frente a violaciones a los derechos económicos y sociales, y la población ejerce su derecho de asamblea y libertad de expresión para protestar en contra de los recortes y las medidas de austeridad. En algunas ocasiones, las autoridades han respondido a estas protestas con fuerza excesiva, poniendo en jaque el respeto por los derechos civiles y políticos.³¹

Se ha demostrado que en tiempos de austeridad, los grupos vulnerables son los más afectados por las medidas que se toman con el fin de mejorar la situación financiera. Ya se ha mencionado a los inmigrantes y solicitantes de asilo. Las investigaciones muestran que la brecha entre las personas que ya viven en la pobreza y las personas más adineradas se está ensanchando. Las cifras de desempleo están sesgadas contra las mujeres,³² y los servicios destinados a los niños vulnerables a menudo se recortan.³³

Si los derechos humanos han de conservar algún tipo de significado en tiempos de crisis, está claro que los Estados deben prestar atención a su obligación de proteger a los grupos vulnerables de los ataques y la discriminación, tanto directa como indirecta, como los niveles desproporcionados de desempleo entre grupos específicos. Los inmigrantes y los solicitantes de asilo, también deben recibir el trato merecido en materia de derechos humanos.

Cómo balancear la presión de la CFG y cumplir con las obligaciones de derechos humanos

Se ha establecido que los derechos económicos, sociales, civiles y políticos pueden ser afectados por la CFG y las medidas posteriores adoptadas por los Estados y por la comunidad internacional para

27 ‘Police Violence in Greece: Not just Isolated Incidences’, Informe de Amnistía Internacional, julio de 2012. Disponible en www.amnesty.org/en/library/asset/EUR25/005/2012/en/cdbf2deb-ae15-4409-b9ee-e6c62b3f32b/eur250052012en.pdf consultado el 1 de noviembre de 2012.

28 Para mayor elaboración, véase S Skogly, *Beyond Borders: States’ Human Rights Obligations in International Cooperation*, (Intersentia 2006) capítulos 4 y 6; véase también Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, (Oxford University Press 2011).

29 Informe de Amnistía Internacional (2012), *supra* nota 27.

30 *Ibid.*, 17.

31 ‘Policing Demonstrations in the European Union’, Amnesty International Report septiembre de 2012, 2. Disponible en www.amnesty.org/en/library/asset/EUR01/022/2012/en/1e06df7d-6878-40e0-8e82-d07605e9a6e9/eur010222012en.pdf consultado el 1 de noviembre de 2012.

32 ‘Women over 50 hardest hit by austerity measures as their unemployment rises faster than any other group’, Mail Online 29 de septiembre de 2012, disponible en www.dailymail.co.uk/news/article-2210386/Women-50-hardest-hit-austerity-measures-unemployment-rises-faster-group.html consultado el 1 de noviembre de 2012.

33 ‘NGOs warns: Austerity brings more children in poverty’, New Europe Online 9 de octubre de 2012. Disponible en: www.neweurope.eu/article/ngos-warns-austerity-brings-more-children-poverty consultado el 1 de noviembre de 2012.

responder a la situación.

¿Esto significa que los gobiernos no tienen flexibilidad en lo que respecta al respeto y la promoción de los derechos humanos en tiempos de CFG? Es importante reconocer que si bien el derecho de los derechos humanos establece límites a lo que los Estados están legitimados para hacer con respecto a los individuos, éste no dicta políticas públicas. El Estado retiene la facultad de elegir las políticas públicas importantes para afrontar la CFG siempre que se protejan los estándares de derechos humanos. En este respecto, el derecho internacional de los derechos humanos debe ser considerado como una herramienta para las decisiones respectivas a las políticas públicas, y no como un obstáculo. Como herramienta, las disposiciones establecen estándares mínimos con los cuales tratar a los individuos, al igual que prioridades aplicables a aquellos que son más vulnerables en la sociedad. También brinda disposiciones muy firmes contra la discriminación que deberían guiar las elecciones de políticas públicas.³⁴

No obstante, los Estados muchas veces consideran que la implementación de los derechos humanos exige un gasto demasiado alto de recursos de diferentes tipos en momentos de crisis. En estas situaciones, es importante evaluar si hay algo de flexibilidad en las obligaciones y determinar de hecho si la percepción de la existencia de limitaciones para su implementación se corresponde con la realidad. En algunas situaciones severas, hay posibilidad de derogar el derecho de los derechos humanos. Esto está explícitamente estipulado en el Artículo 4 del PIDCP, y otros tratados de derechos humanos contienen disposiciones similares.³⁵ El Artículo 4 estipula que:

‘1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social’.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18’.³⁶

Para que un Estado pueda aplicar la posibilidad de derogación contemplada en el PIDCP, debe proclamar una emergencia nacional de una gravedad tal que amenaza la vida de la nación. Además, los detalles específicos de excepción tendrán que ser comunicados al Secretario General de la ONU.³⁷ Como se indica arriba, algunos derechos se consideran no-derogables y en esa calidad jamás pueden estar exentos de protección por parte del Estado. Al momento de determinar si las circunstancias que enfrenta un Estado en particular son tales que ‘pongan en peligro la vida de la nación’, será necesario evaluar la posición de cada Estado en un momento dado. Hay Estados que han experimentado la crisis con tal magnitud que el argumento a favor de ‘la vida de la nación’ puede tornarse irrelevante. Este podría haber sido (o seguir siendo) el caso de Grecia, Irlanda e Islandia. Pero esto debería justificarse. Otros Estados pueden haber sido duramente golpeados y aun así no reunir los requisitos del Artículo 4.³⁸

El PIDESC no contiene una cláusula de derogación, y se ha discutido acerca de si esto significa que bajo ninguna circunstancia sería permisible la derogación de las disposiciones del Pacto.³⁹ Según Ssenyonjo, la ausencia de una cláusula puede interpretarse de dos maneras: que jamás se permite la derogación de una disposición del Pacto dado que esta oportunidad no es brindada por el Pacto; o que la derogación puede estar permitida para las obligaciones no centrales, dado que la derogación

34 Véase Artículo 2(2) del PIDESC, y Artículo 2(1) del PIDCP.

35 Por ejemplo, el Artículo 15 de Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).

36 Estos artículos se refieren al derecho: a la vida; a ser libre de tortura; a no ser sometido a esclavitud y servidumbre; encarcelamiento por incumplimiento de las obligaciones contractuales; a acusaciones criminales no retrospectivas; a ser reconocido como persona ante la ley; y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

37 PIDCP, Artículo 4(3).

38 Hasta donde el autor tiene conocimiento al momento de escribir este artículo, ningún Estado ha proclamado alguna vez un estado de emergencia tal ni derogado sus obligaciones bajo el Pacto u otra disposición similar del CEDH.

39 Magdalena Sepúlveda, *The Nastier of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Intersentia 2003), 293–309.

tampoco está explícitamente prohibida.⁴⁰ El CDESC, en su Observación General No 3 (1990), estipula que los Estados Partes tienen ciertas obligaciones mínimas.⁴¹ Según esta Observación General, estas obligaciones mínimas implican que cada Estado Parte debe asegurar 'la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos'.⁴² El Comité afirma que sin una obligación mínima, '[el Pacto] carecería en gran medida de su razón de ser'.⁴³ Sin embargo, el Comité incluye efectivamente algunas consideraciones de la realidad de estos argumentos y sostiene que:

'se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata.

[...] Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas'.⁴⁴

Se ha argumentado que estas obligaciones mínimas no pueden ser derogadas en situaciones de emergencia,⁴⁵ y en dos de las observaciones generales sobre el contenido de los derechos sustantivos del Pacto, el CDESC ha confirmado que esas obligaciones no son derogables.⁴⁶ El contenido específico de estas obligaciones varían de derecho a derecho, pero el CDESC sostiene que 'corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos',⁴⁷ y se utilizan ejemplos para ilustrar su significado: 'un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto'.⁴⁸ Por lo tanto, en situaciones en las que el desempleo generado por las medidas de austeridad resulta en la incapacidad para procurar necesidades básicas de alimentos y salud, el Estado habría violado las obligaciones no-derogables.

Las cláusulas de derogación y la discusión acerca de la naturaleza derogable de las obligaciones relativas a los derechos económicos y sociales brindan una modalidad algo negativa para 'escapar a las obligaciones'. Es más constructivo considerar cómo los estándares de derechos humanos pueden servir de guía para los gobiernos al momento de establecer prioridades dentro de las opciones de políticas públicas. En cierto sentido, los estándares de derechos humanos sirven para verificar los posibles efectos negativos de las respuestas a la CFG a considerarse. En la determinación de opciones, los Estados deben usar los efectos previstos en cuanto a violaciones de derechos humanos como medida para establecer prioridades. Esto podría hacerse, por ejemplo, mediante el uso de Evaluaciones de Impacto en los Derechos Humanos (EIDH), que revelarían los posibles efectos positivos y negativos de los diferentes modelos de políticas públicas. Estos EIDH pueden entonces constituir una herramienta útil para los Estados para la prevención de problemas en tiempos de crisis financiera en lo que respecta a los derechos humanos.

La existencia de las obligaciones relativas a los derechos humanos se relaciona en gran medida con ciertos resultados, a saber, una mejora de la situación de los derechos humanos para la población de un Estado. Esto se describe comúnmente como una obligación de resultados.⁴⁹ No obstante, las obligaciones relativas a los derechos humanos también implican deberes ('obligación de medios'),⁵⁰ que pueden describirse como que cumplen con los principios de debida diligencia. La debida diligencia no se define extensivamente en el derecho interanacional de los derechos humanos. Sin

40 Manisuli Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Hart Publishing 2009) 40.

41 CDESC, Observación General No. 3, *supra* nota 25, par. 10.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 Ssenyonjo, 41

46 Véase Observación General No. 14 (2000) (*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud – Artículo 12*), par. 47; y Observación General No. 15 (2002) (*Derecho al agua*), par. 40.

47 CDESC, Observación General No. 3, *supra* nota 25, par. 10.

48 *Ibid.*

49 Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, 1997, Guideline 7. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html consultado el 15 de octubre de 2012.

50 *Ibid.*

embargo, en relación a los derechos de la mujer, la entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas, Yakin Ertürk, redactó en 2006 un informe en el que analizó detenidamente este concepto.⁵¹ En su informe, Ertürk se refiere a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁵² y destaca el Artículo 4(c), en la que se insta a los Estados a ‘proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares’. Agrega que: ‘el concepto de la debida diligencia sirve de criterio para determinar si un Estado ha cumplido o no su obligación de combatir la violencia contra la mujer’.⁵³ El concepto de debida diligencia se refiere entonces a la forma en la que los Estados actúan para prevenir las violaciones a los derechos humanos y proteger a los individuos frente a estas violaciones por parte de Estados u otros actores. Utilizada de forma análoga en una situación de CFG, la debida diligencia serviría de criterio para determinar si un Estado ha cumplido o no con sus obligaciones relativas a los derechos humanos en tiempos de crisis económica.

En los términos de la CFG, el concepto de debida diligencia podría ser muy útil para otros Estados. Aunque es excesivamente difícil predecir todos los resultados posibles de las alternativas en políticas públicas, si los Estados pueden demostrar que han ejercido la debida diligencia en su proceso de toma de decisiones, habrán cumplido en gran medida con sus obligaciones de resultados. Los EIDH pueden ser una herramienta en los procesos de debida diligencia. En muchas situaciones, los procesos claros para la consideración de los derechos humanos como parte de una respuesta a la CFG bindarán alternativas estratégicas que podrán ayudar a los Estados a prevenir importantes problemas con respecto a los derechos humanos.

Los peligros de ignorar los efectos adversos de la CFG con respecto a los derechos humanos

¿Qué podría suceder si los Estados ignoraran los efectos de las respuestas a la CFG sobre los derechos humanos? Se ha demostrado que existe una disparidad cada vez mayor entre ricos y pobres en el período transcurrido desde 2007 hasta 2008.⁵⁴ También se ha demostrado que los segmentos más pobres de la sociedad llevan una ‘carga’ desproporcionada al momento de hacer frente a la crisis financiera en términos de recortes en el gasto público, el empleo en el sector público y de la seguridad social para los grupos vulnerables.⁵⁵ Desde lo legal, si estos efectos culminan en violaciones a los derechos humanos de las personas afectadas por estas medidas, los Estados han dejado de cumplir con sus obligaciones de acuerdo con el derecho convencional. Sin embargo, los resultados de ignorar los efectos sobre los derechos humanos pueden ser más siniestros. Las disparidades a las que se hace referencia pueden ser muy perjudiciales en el largo plazo, y pueden dar lugar a disturbios y conflictos entre las sociedades y dentro de ellas. En Europa, ha habido una creciente oposición a las soluciones políticas que le están siendo ‘impuestas’ a la población. Esta oposición se ha traducido en manifestaciones pacíficas a gran escala, en manifestaciones más violentas y, quizás lo más preocupante, en un fuerte aumento en los grupos extremistas o de ‘ultra derecha’ que abogan por la oposición militante y violencia contra los inmigrantes, solicitantes de asilo y personas de otro color en general.⁵⁶ Estos hechos plantean problemas desde una perspectiva de los derechos humanos de dos maneras diferentes: ¿qué ocurre con los manifestantes en un ambiente tenso y cuáles son los efectos a largo plazo sobre el disfrute de los derechos humanos cuando las sociedades se vuelven tan divididas? Por otra parte, ¿cuál será la perspectiva a largo plazo para la convivencia pacífica si las violaciones a los derechos humanos se extienden más y son tal vez hasta toleradas por la mayoría de la población?

51 *The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women*, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, UN Doc. E/CN.4/2006/61 20 de enero de 2006.

52 Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General el 23 de febrero 1994, UN Doc: A/RES/48/104.

53 Ertürk, 2006, 6.

54 Zanny Minton Beddoes, ‘For richer, for poorer’ *The Economist* 13 de octubre de 2012, disponible en www.economist.com/node/21564414 consultado el 28 de octubre de 2012.

55 Ha-joon Chang, ‘The root of Europe’s riots’ *The Guardian* 28 de septiembre de 2012, disponible en www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/sep/28/europe-riots-root-imf-austerity, consultado el 28 de octubre de 2012.

56 Benjamin Ward, ‘Europe’s Own Human Rights Crisis’, Human Rights Watch, disponible en www.hrw.org/world-report-2012/europe-s-own-human-rights-crisis consultado el 29 de noviembre de 2012.

Las violaciones a los derechos humanos que se toleran en momentos de crisis pueden exacerbar las desigualdades en la sociedad; pueden 'legitimizar' la xenofobia y violencia contra las minorías y los grupos vulnerables; y pueden desembocar en un conflicto interno o regional. Existe la posibilidad de que la inacción frente a los problemas relativos a los derechos humanos lleve a un importante descontento y una posible 'bomba de tiempo política' que fomente el extremismo y los disturbios.

Conclusión

Para concluir, se ha demostrado que los Estados retienen sus obligaciones relativas a los derechos humanos en tiempos de CFG. Además, también se ha demostrado que aquellos Estados que en momentos más prósperos apoyan y cumplen en general con las exigencias de los derechos humanos no pueden o no quieren darle prioridad al cumplimiento con los derechos humanos durante una CFG o en el marco de sus respuestas a la crisis. Este también es el caso para las instituciones financieras internacionales y organizaciones regionales, que ejercen muchísima presión y dictan muchísimas políticas públicas para los Estados en términos de cómo sus economías deberían responder a la CFG.

La forma en la que la sociedad reacciona ante una crisis como la CFG puede verse como un indicio de la medida de humanidad dentro de nuestras sociedades. Es importante que los políticos y otros responsables políticos actuales tengan presentes sus historias. La Carta de la ONU y el Consejo de Europa (con su Convenio Europeo de Derechos Humanos) fueron adoptados con la premisa subyacente de que el respeto pleno por los derechos humanos y las libertades fundamentales eran una precondition para una sociedad pacífica y próspera. Es de suma importancia que las medidas políticas y financieras actuales no se tomen de forma aislada, sino que la historia nos enseñe que sin el respeto pleno por los derechos humanos y, particularmente, por la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad, se seguirán consecuencias severas. En palabras del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay: 'Si bien es imperativo responder a la crisis actual con una revisión cabal del funcionamiento de los mecanismos financieros y monetarios internacionales, una modalidad basada en los derechos humanos contribuiría a soluciones más duraderas en el mediano y largo plazo'.⁵⁷

57 'A Human Rights Response to the Global Economic Crisis', febrero de 2009, disponible en: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/humanrightsresponse-to-the-crisis.aspx consultado el 12 de octubre de 2012.

Capítulo 7

La Viabilidad del Estado Benefactor¹

James J Heckman

Introducción

El estado benefactor es una invención de fines del siglo XIX. Sus disposiciones para la seguridad económica ya están aceptadas como derechos en muchos países. Franklin Delano Roosevelt incluyó la “libertad de escasez” dentro de sus Cuatro Libertades. La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por Naciones Unidas lleva este concepto aún más lejos al garantizar el derecho al trabajo, a un nivel de vida con salud adecuada y al bienestar, lo que incluye alimentos y cuidados médicos en casos de emergencia. Muchos perciben a estos derechos sociales como un aspecto integral de un estado que funciona bien y como una exigencia del estado de derecho.

Lo que motiva estas declaraciones en la defensa del estado benefactor es que protege a los ciudadanos de las consecuencias de los riesgos que exceden su control (Agell 1999). En contra del estado benefactor se sostiene que atenúa los incentivos y reduce la productividad. Esta crítica se apoya en la idea de que el rendimiento económico de muchos estados benefactores ha sido pobre. Ha habido un rápido incremento en el desempleo en la mayoría de los estados benefactores de Europa occidental en los últimos 20 años. Cuando se mide de forma adecuada, la tasa de desempleo en muchos estados benefactores de Europa occidental ha resultado ser mucho más elevada de lo que informan las estadísticas oficiales. Son altos los incentivos para retirarse del trabajo, trabajar en negro, evadir impuestos, jubilarse temprano y no producir.

Los niveles de inmigración también son elevados en muchos países europeos. Hay serios problemas con respecto a la asimilación de la inmigración debido, en parte, a las políticas públicas del estado benefactor. El crecimiento en capital humano es lento; a pesar de ser un ingrediente clave en la economía moderna. Además, hay bajos niveles de formación comercial, incentivos débiles para la innovación empresarial y bajos niveles de investigación y desarrollo. Los impuestos laborales son altos y, en muchos países, también los son los impuestos al capital. Muchas veces se generan trampas de pobreza que desalientan el trabajo.

Estas fuerzas que generan presión sobre el estado benefactor son la globalización y la incapacidad de tributar los factores móviles de producción a nivel internacional. El aumento de la falta de previsibilidad del comercio y la tecnología, la apertura incremental de las economías y el sesgo secular contra el trabajo no calificado en el comercio y la tecnología también son factores que generan la demanda del estado benefactor de asegurar contra el riesgo y proteger contra la reducción salarial a la que se suele someter a los trabajadores no calificados cuando se reduce la demanda de sus oficios. A medida que las economías son más abiertas, es mucho más difícil proteger a los trabajadores y a las empresas de los rigores del mercado. De hecho, las economías menos protegidas como las de EE.UU.

1 Esta investigación fue apoyada por una subvención para el Proyecto de Justicia Mundial otorgada por Hewlett Foundation, Subvención No. 2008-2244. Este capítulo se basa en parte en una ponencia presentada en la Conferencia de la OCDE en Toronto sobre el Informe Laboral de 2006 (Heckman y otros 2006).

y el Reino Unido han mostrado aumentos sustanciales en la desigualdad salarial y social debido, en parte, a estas tendencias.

En el contexto actual, ha surgido una prima para la flexibilidad y la capacidad de respuesta de las economías. Un alto nivel de calificación de las fuerzas laborales y un entorno regulatorio que apoya el cambio es lo que permite a las economías beneficiarse de las nuevas oportunidades. Un orden económico que estaba bien adaptado al entorno estable y que era predecible en los años 1950 y 1960, que permitía un rol importante para el trabajo no calificado, se ha tornado disfuncional en los comienzos del siglo XXI. El costo de oportunidad de la seguridad y la preservación del *statu quo* –ya sea el *statu quo* tecnológico, el *statu quo* con respecto a los socios comerciales o el *statu quo* laboral– ha crecido muchísimo en tiempos recientes. Si bien Europa ha hecho reformas, éstas se han hecho a muy pequeña escala y Europa debe galopar en vez de caminar al ritmo del cambio global; pero, en realidad, ni siquiera está caminando aunque los estándares europeos se están reformando rápidamente.

No todos los estados benefactores se han quedado atrás, o al menos, no de la misma forma. Resulta fructuoso examinar las diferencias en rendimiento económico entre los diferentes estados benefactores. Ese es el tema de este capítulo. La clave para un estado benefactor exitoso subyace en la creación de incentivos adecuados para alentar a los actores del sistema económico a responder a las nuevas oportunidades. En principio, un estado benefactor no puede brindar los incentivos adecuados para la productividad y, al mismo tiempo, permitir una medida de seguridad y dignidad para sus ciudadanos. Pero debe respetar los incentivos.

Temas de este capítulo.

Este capítulo desarrolla cinco temas centrales. Primero y principal, las personas responden a los incentivos, y las respuestas muchas veces son muy lentas. Al diseñar normas y regulaciones, es muy peligroso subestimar la ingenuidad de los agentes económicos en la persecución de su auto-interés, la capacidad de respuesta del sistema económico y las consecuencias más amplias de la regulación sobre todos los miembros de la sociedad. Muchos defensores del estado de derecho promocionan principios como el de seguridad económica universal, el derecho a organizar sindicatos o el derecho a un nivel de vida mínimo sin rendir cuenta de los costos económicos de estas disposiciones. De efectivizarse, los derechos consagrados a algunos muchas veces reducen el bienestar de otros. Por ejemplo, los sindicatos muchas veces mejoran los beneficios de los miembros al costo de elevar los precios para el consumidor, disminuir las ganancias de los accionistas, o reducir los salarios de los trabajadores no sindicalizados. El estado benefactor muchas veces beneficia a los de adentro perjudicando a los de afuera (Lindbeck y Snower 1989).

El debate en torno al estado benefactor muchas veces plantea una falsa dicotomía. Compara a EE.UU. (o el bloque de países anglosajones) con Europa. Encuadra el debate como si se tratara de una elección entre los sistemas instaurados. EE.UU., Canadá, el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda son, por supuesto, estados benefactores. Han cometido su cuota de errores en el diseño de incentivos y la protección de sus trabajadores. Lo relevante no es si Europa debería adoptar el modelo anglosajón, o si los anglosajones deberían adoptar el modelo europeo; por el contrario, lo relevante es determinar qué características del estado benefactor reducen la desigualdad y aseguran contra la incertidumbre de forma eficiente.

En tercer lugar, el término “estado benefactor” es demasiado amplio. Engloba al menos cuatro modelos (véase Sapir 2006) y estas categorías son, sin duda, demasiado crudas.

- (1) El modelo nórdico/corporativista (Escandinavia, Finlandia, Holanda), brinda un alto nivel de seguridad para los trabajadores, fuerte dependencia de las políticas activas del mercado de trabajo, baja desigualdad, altos niveles de tributación de las rentas del trabajo, niveles de tributación relativamente bajos de las rentas del capital, niveles muy altos de educación y altos niveles de actividad gubernamental, generosos subsidios que no son sometidos a pruebas de medios, altos niveles de compresión de los salarios, sindicatos centralizados y altos niveles de sindicatos concentrados y fijación de salarios.
- (2) El modelo continental (Austria, Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo). Tiene una fuerte dependencia con respecto a los beneficios al no empleo basado en seguros y a las pensiones por jubilación, fuertes sindicatos no centralizados, muchas regulaciones, inflexibilidad en los

mercados laborales y distribuciones de salarios comprimidos. Muestra una marcada incapacidad de adaptación al cambio.

- (3) El modelo mediterráneo (Italia, España, Portugal, Grecia). Se caracteriza por la dependencia sobre la protección del empleo (puestos vitalicios), con sectores cubiertos por sindicatos con salarios comprimidos, gasto concentrado en las pensiones por jubilación y alta segmentación de derechos y estatus.
- (4) El modelo anglosajón (EE.UU., Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia). Se caracteriza por la asistencia social únicamente como último recurso, bajos niveles de protección laboral y salarios mínimos, altos niveles de desigualdad salarial transversal, considerable gasto social en pensiones por jubilación y niveles de segmentación de derechos y estatus.

Para los observadores cercanos del estado benefactor, estas cuatro categorías son demasiado amplias en muchos aspectos. Por ejemplo, Irlanda es un estado corporativista que muchas veces se subsume dentro del campo anglosajón.² Ha implementado fuertes incentivos, especialmente para el capital. Tiene una fuerte coordinación salarial. Las cuatro categorías del estado benefactor son, por lo tanto, un primer corte.

En cuarto lugar, la comparación de sistemas económicos alternativos es una práctica peligrosa. Diferentes periodos de base y terminales pueden producir distintas valuaciones del desempeño de cualquier economía. El éxito de ayer muchas veces es el fracaso de hoy. Recordemos el romance con el modelo holandés “*Polder*” de hace diez años, que todavía persiste en algunos sectores. También hubo una fascinación anterior con Japón, y antes de eso, con la Unión Soviética.

Muchos grupos de expertos europeos y de la OCDE han adoptado el “modelo nórdico” o su pariente cercano, el “modelo corporativista”. Por ejemplo, el Informe Laboral de 2006 de la OCDE, que actualizó el influyente informe de 1994, sostiene que el “modelo corporativista” es igual en eficiencia al modelo anglosajón. Un influyente trabajo de Andre Sapir (2006) del Bruegel Group también avaló esta idea, y ha influido muchísimo sobre el debate europeo. Esta alabanza es compartida por Jeff Sachs (2006) en un reciente artículo publicado en *Scientific American*:

‘Hace medio siglo, el economista pro-libre mercado Friedrich von Hayek arguyó que un gran sector público amenazaría a la democracia misma y llevaría a los países europeos por la «senda de la servidumbre». Pero los estado Nórdicos han prosperado, y no sufrido, por el gran estado benefactor social, con mucha menos corrupción en el sector público y niveles más altos de participación del electorado que EE.UU. Von Hayek estaba equivocado. En las democracias fuertes y dinámicas, un estado benefactor social generoso no lleva a la senda de la servidumbre, sino a la equidad, igualdad económica y competitividad internacional’.

El desempeño económico de Suecia en la última década ha sido impresionante. También lo ha sido el de Finlandia. El sistema basado en la seguridad flexible o “*flexicurity*” en Dinamarca ha promocionado la movilidad laboral. Brinda generosos beneficios por desempleo y, al mismo tiempo, sanciones para promover un rápido regreso al trabajo para las personas desempleadas. Ha atraído muchísima atención de eruditos en políticas públicas. La reciente fascinación con Escandinavia es típica de la mentalidad de muchos analistas de políticas públicas que buscan un modelo en funcionamiento al cual adoptar, en vez de mirar los principios básicos que trascienden la economía y explican el éxito y los fracasos de un modelo en particular. Este capítulo mira los principios básicos para extraer conclusiones generales de muchos modelos en vez de engrandecer las virtudes de un sistema actualmente instaurado en comparación con otro sistema.

En quinto lugar, defiende el punto metodológico básico que afecta la forma en que los analistas deberían usar e interpretar la evidencia disponible. Una gran parte de la literatura del estado benefactor europeo se base de forma arbitraria en índices construidos que examinan los efectos de los incentivos sobre las diferentes políticas públicas. Muchos de estos estudios dicen probar que los incentivos (“instituciones”) que deberían importar según la teoría económica básica, en realidad no importan. Estas conclusiones son un espejismo estadístico. Son el resultado del uso de datos malos. Cuando los incentivos se miden de forma adecuada importan, y mucho.

Los estudiosos del mercado laboral latinoamericano han medido los costos de la regulación con más cuidado que los estudiosos de los estados benefactores europeos. América Latina ha tenido cambios

² Irlanda ha centralizado las negociaciones con los sindicatos.

de régimen y políticas públicas más dramáticos que los europeos. Los datos latinoamericanos revelan claramente los fuertes efectos adversos de los incentivos perversos.

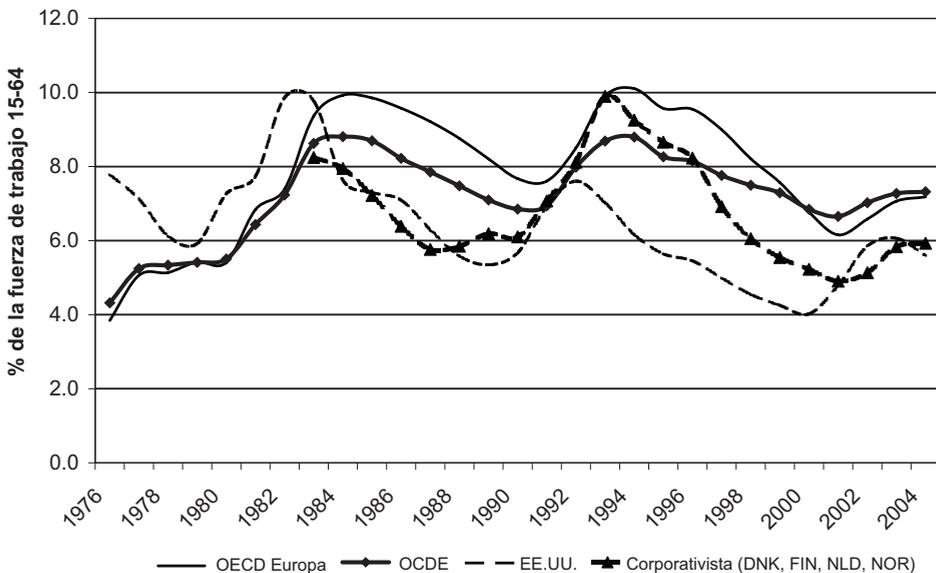
Diagrama del resto del capítulo

El resto del capítulo procede de la siguiente manera. Dado el actual romance con los modelos nórdicos y corporativistas, miro su desempeño y el desempeño de los estados benefactores de forma más general. Es útil examinar las tendencias a largo plazo para complementar las series temporales del corto plazo que dirigen tanta atención hacia el debate de las políticas públicas. El desempeño nórdico no es imponente, especialmente si uno mira las tendencias a largo plazo. Las políticas públicas instauradas muchas veces ocultan los problemas en vez de solucionarlos y generan más problemas a futuro. El problema de las mediciones defectuosas genera dificultades para la realización de comparaciones significativas a lo largo de los sistemas alternativos. Las tendencias a largo plazo en la acumulación de capacidades, actitudes hacia el trabajo, la investigación y el desarrollo, la adopción de nuevas tecnologías, la dependencia sobre beneficios y la dependencia sobre el empleo gubernamental no son alentadoras y anuncian serios problemas para el futuro en muchos sectores europeos, incluso para los países de la Europa escandinava.

El desempeño del estado benefactor europeo de los últimos 20 años

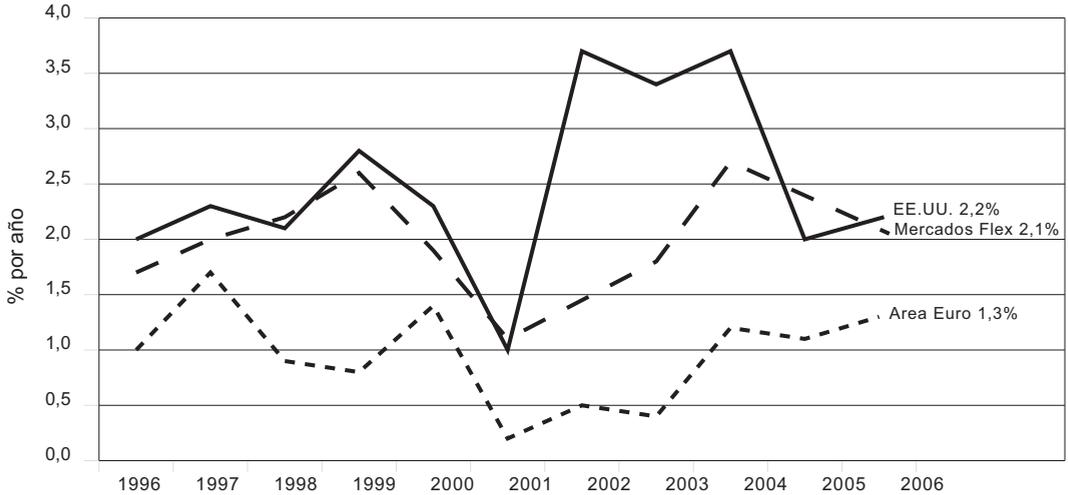
Veamos primero el mercado laboral. Un Informe Laboral de la OCDE, publicado en el 2006, revela que algunas de las reformas sugeridas en el Informe Laboral de 1994 (OCDE 1994) no han sido implementadas. Afirma que esas reformas explican en parte la mejora de los mercados laborales europeos. Las tasas de desempleo posteriores a 1994 en Europa han bajado, pero igual siguen siendo muy elevadas. Véase la Figura 1, que muestra las tasas de desempleo “abierto” (es decir, oficial) en el tiempo. Desde principios de los años 1980, la tasa de desempleo general de la OCDE para Europa occidental ha incrementado. No ha caído a sus niveles previos. Sin embargo, el desempleo parece ser muchísimo más bajo que en Europa corporativista. Debido a esto, hay quienes sostienen que ha de adoptarse el modelo corporativista para conducir las políticas económicas.

Fig. 1 Tasas abiertas de desempleo en la OCDE.
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)



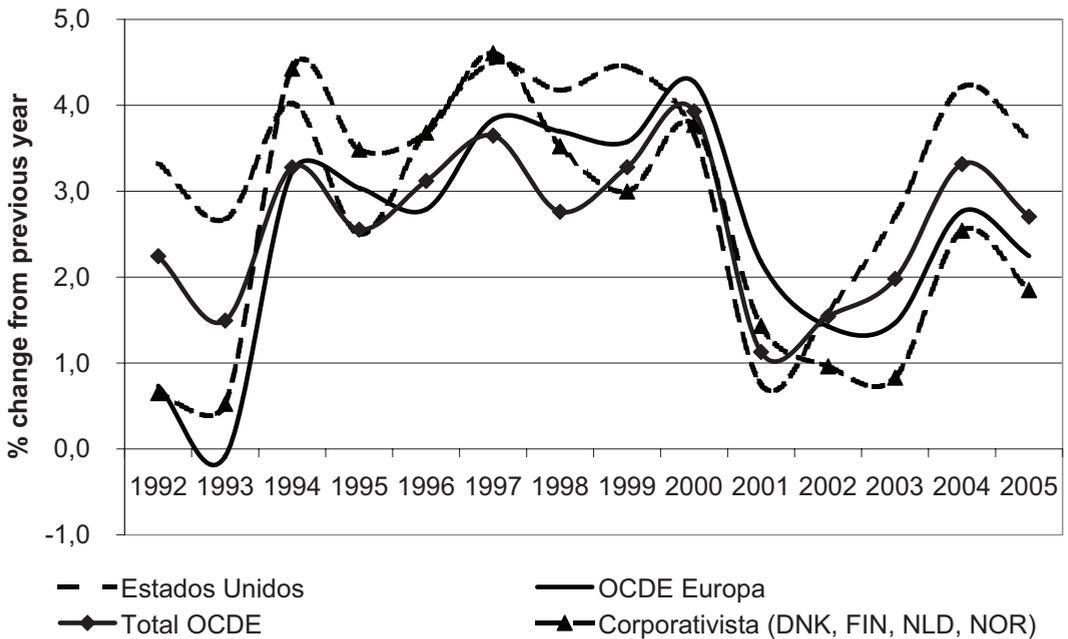
El crecimiento promedio en productividad es menor en la UE que en EE.UU. No obstante, es alta en el “mercado flexible” en los países nórdicos (véase la Figura 2).

Fig. 2 Crecimiento en la productividad laboral del sector empresarial.
 Fuente: Cálculos del autor a partir de la Organización Internacional para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2006a)



No obstante, el aumento de PBI ha sido menor en los últimos cinco años en la UE que en EE.UU. Esto se aplica incluso a Europa corporativista (véase Figura 3).

Fig. 3 Crecimiento del PBI real
 Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)



Considere, en particular, el desempeño de uno de los países del “milagro nórdico”, es decir: Suecia, el país nórdico más estudiado. Recientemente se han visto mejoras en el desempeño económico después de la profunda recesión de principios de los años 1990. Sin embargo, no ha experimentado una fuerte recuperación. Desde la perspectiva histórica, la de Suecia es una historia de una relativa decadencia y una recuperación reciente moderada. La Figura 4 muestra la decadencia en el PBI per capita ajustado en base a la paridad del poder adquisitivo (PPP, por sus siglas en inglés) en Suecia como porcentaje del

promedio de la OCDE desde la Segunda Guerra Mundial. Suecia ha mostrado una decadencia secular, que recién fue controlada hace muy poco, y su crecimiento reciente es modesto desde la perspectiva histórica. La Figura 5 revela que, hasta hace poco, lo que impulsó el crecimiento en el empleo en Suecia fue el crecimiento en empleo gubernamental. La Figura 6 muestra que ese crecimiento en el empleo, ajustado en base a la población, sigue estando por debajo de EE.UU. y el OCDE excluido EE.UU.

Fig. 4 PBI per capita ajustado en base a la PPP en Suecia como porcentaje del promedio de la OCDE.
Fuente: Davis and Henrekson (2006)



Fig. 5 Empleo acumulado y cambio poblacional en Suecia, 1950-2004.
Fuente: Davis and Henrekson (2008)

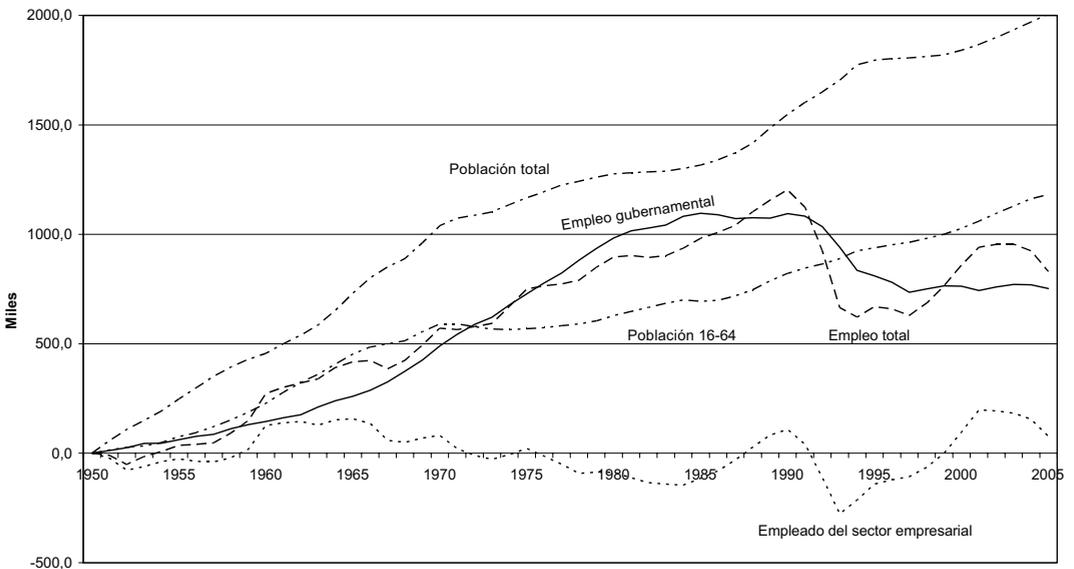
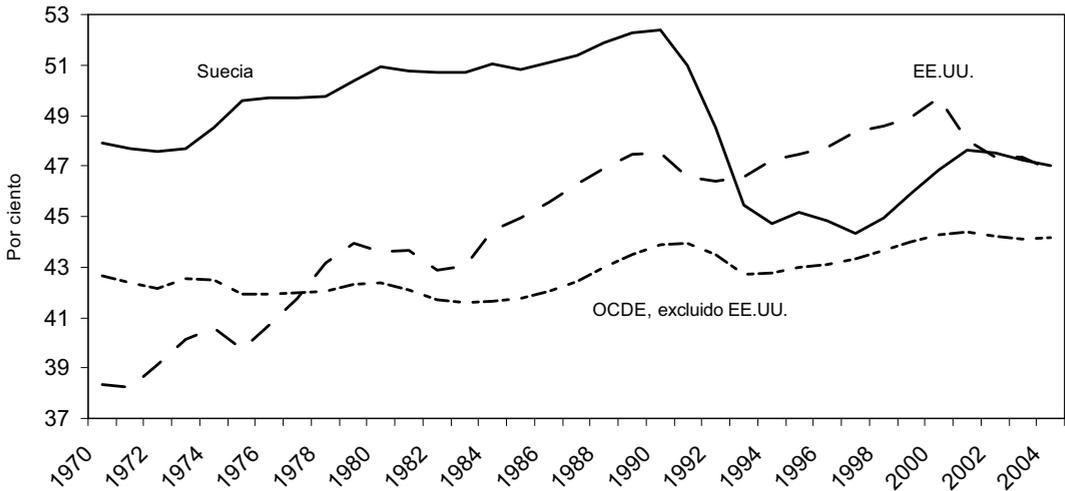


Fig. 6 Empleo como proporción de la población total en Suecia, EE.UU. y la OCDE, 1970-2004 (%).
Fuente: Davis y Henrekson (2006)



Suecia está lejos de ser un caso perdido. La tributación sobre el capital es relativamente baja y se recortó de forma sustancial durante la reforma de principios de los años 1990. Los niveles de educación son altos. El sector de comercio internacional compete de forma efectiva en el comercio mundial, especialmente en el sector de Tecnología Informática y Computación (TIC), aunque está actualmente dominado por algunas empresas grandes y muy exitosas. El liderazgo mundial sueco en tecnología informática proviene en gran parte del éxito de pocas empresas ya establecidas.

Las reformas parciales instauradas en la economía sueca en la última década fueron efectivas. Gran parte del crecimiento sueco (y finlandés) es crecimiento de la recuperación; es decir, un rebote de una depresión tan profunda como la de los años 1920 y 1930. Sin embargo, desde la crisis de principios de los años 1990, Suecia ha comenzado a incrementar los incentivos. Esto ha ayudado a estimular el crecimiento.

Suecia se ha convertido en un estado más incentivado. La introducción de incentivos es un ingrediente importante del desempeño sueco actual. Sin embargo, un estudio reciente concluye que todavía hay una amplia esfera de acción para la reforma y mejora en Suecia (Freeman y otros 2006).

Al concentrarse en Suecia y los países nórdicos, se deja de lado la economía europea más dinámica: Irlanda. A comparación con Irlanda –un país que no suele tomarse como modelo europeo por los eruditos en políticas públicas, pero que es admirado muchísimo por los países más pequeños del este de Europa–, el crecimiento sueco ha sido muy limitado. Véase la Figura 7, que contrasta el crecimiento en PBI *per capita* de Irlanda con el de los países nórdicos, y la Figura 8, que contrasta el crecimiento en el sector público de Irlanda con los países nórdicos, y la Figura 5.9, que compara las tasas de crecimiento en productividad entre Irlanda y los países nórdicos.

Fig. 7 Niveles de prosperidad 1970-2003 (OCDE = 100) – PBI per capita en base a precios actuales y paridad del poder adquisitivo.
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)

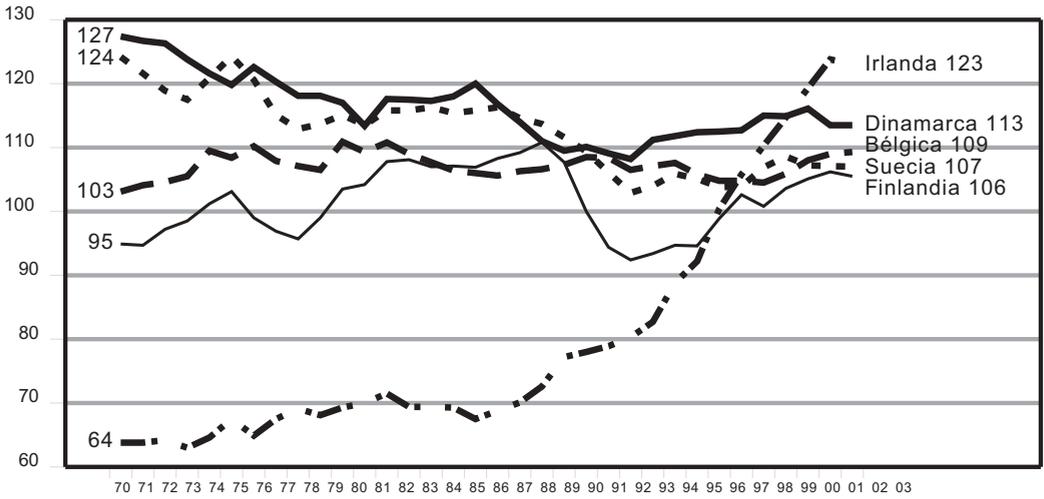


Fig. 8 Generación de empleos – empleo público total (1981 = 100).
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)

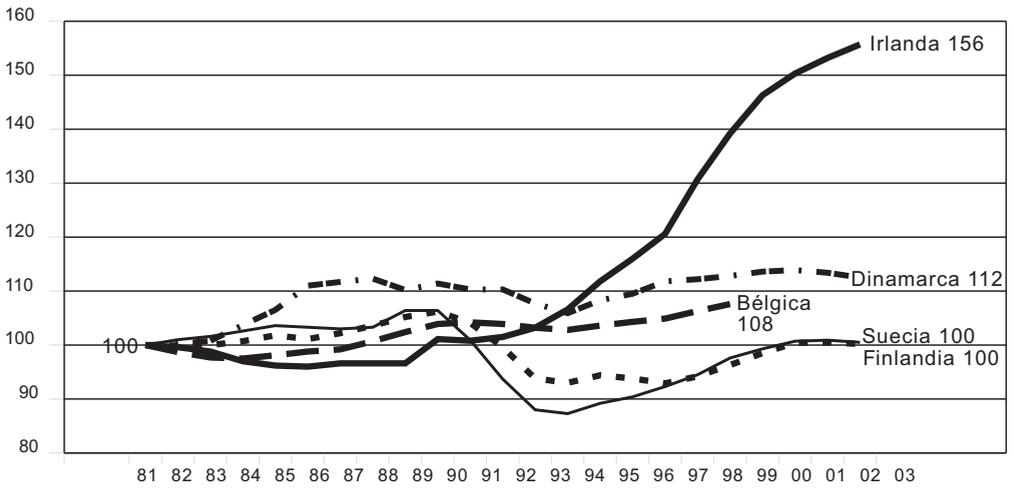
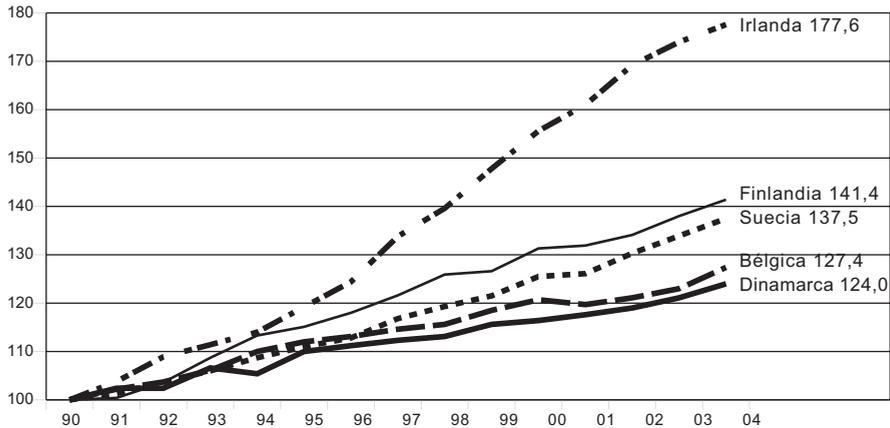


Fig. 9 Productividad por hora laboral (1990 = 100).
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)



Puesto en contexto, el milagro sueco no es tan milagroso. Irlanda redujo sustancialmente los impuestos sobre el capital, aumentó su stock educativo y se abrió al comercio mundial. Es un país altamente sindicalizado y sigue un modelo corporativista. Brinda atención adecuada a los incentivos que produjeron el milagro Irlandés. A diferencia de las recuperaciones económicas recientes de Finlandia y Suecia, Irlanda no puede interpretarse como un efecto rebote de una profunda depresión en los años 1980. La economía irlandesa estuvo estancada durante décadas antes de los años 1980. Como ocurrió con las reformas de Suecia, el Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia, Chile e Irlanda, los interlocutores sociales colaboraron en un momento de crisis. Es importante no subvaluar el valor de la crisis en la producción de reformas. La pregunta es: ¿se puede evitar una crisis y aun así hacer reformas significativas? Retomaré esta pregunta, pero primero debo examinar más de cerca las estadísticas oficiales que sirven de base para la reciente alabanza del modelo nórdico.

Qué revelan y ocultan las estadísticas

Las estadísticas oficiales sobre los estados benefactores nórdicos están altamente distorsionadas. Los niveles más bajos de desempleo allí informados son engañosos y ocultan problemas profundos en aquellas sociedades. Consideremos los programas de mercado laboral activo (ALMP, por sus siglas en inglés), que son ampliamente considerados como las fuentes del éxito de las economías nórdicas (y otras) en muchos círculos. Ha habido un importante compromiso con el gasto en ALMP en muchos países europeos y especialmente en la Europa corporativista. La Figura 10 revela que los ALMP representan más del cuatro por ciento del PBI de algunas economías corporativistas. La OCDE (2006b) y muchos analistas han apoyado estos programas en sus publicaciones oficiales. Atribuyen el menor desempleo de las áreas nórdicas en parte a los ALMP.

Una gran variedad de estudios analizados en Heckman y otros (1999) y Martin y Grubb (2001), al igual que estudios más recientes, muestran que, en sus niveles actuales de financiamiento, los ALMP tienen, como mucho, efectos menores sobre los salarios y el empleo. La mayoría no supera el test del costo-beneficio. Pocos programas sacan a la mayoría de los participantes de la pobreza. Un artículo reciente por Forslund y Krueger (2008) revela que ninguna parte de la reciente recuperación de la economía sueca puede ser atribuida a los ALMP.

La contabilización de los ALMP culminó en una rendición espuria del PBI sueco. Las personas que participan de programas de capacitación se contabilizaron como empleados gubernamentales y sus salarios fueron incluidos en el PBI sueco. Esto infla artificialmente los números de desempleo. El ajuste del desempleo "abierto" por el desempleo disfrazado produce una imagen muy diferente del desempeño de Europa corporativista en comparación con el desempeño de EE.UU. de la que daría una rendición oficial de cuentas del éxito del modelo nórdico. La Figura 5.11 muestra que ajustar las estadísticas acolchadas aumenta las tasas de desempleo corporativistas en un total de cuatro puntos porcentuales. El ajuste de tasas de desempleo europeo para los ALMP aumentó sustancialmente las verdaderas tasas de desempleo europeas (Figura 5.12).

Fig. 10 Gasto total en programas de capacitación y mercado laboral pasivo (% PBI).
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2005a, 2005b, 2006a, 2007a, and 2007b)

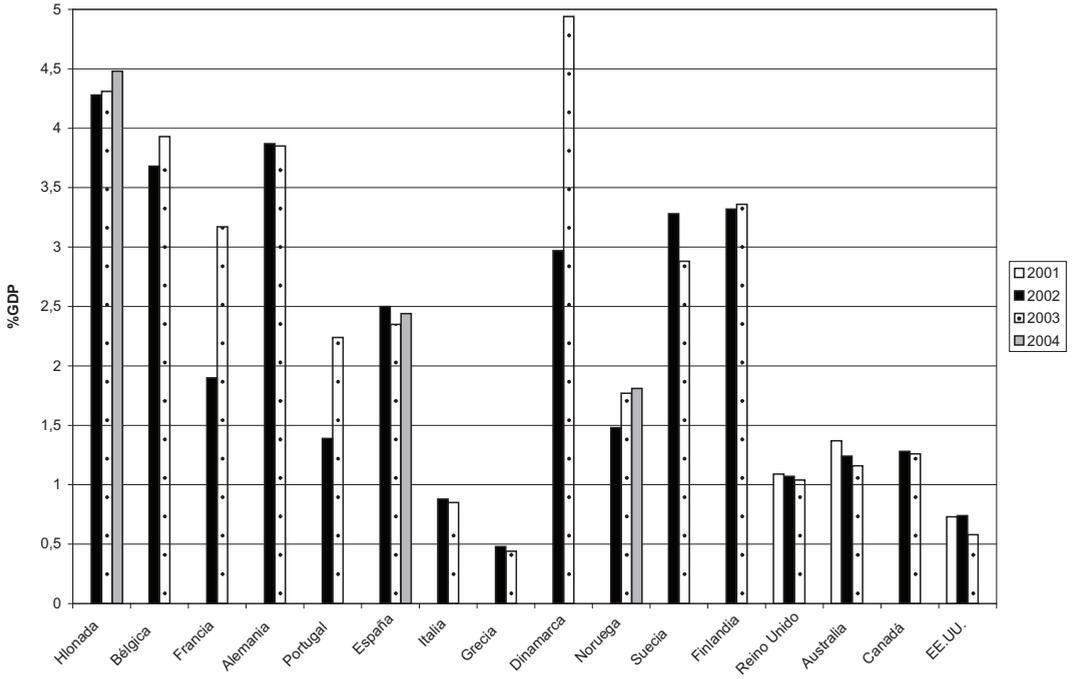


Fig. 11 Empleo abierto y completo.
Fuente: Heckman, Ljunge, y Ragan (2006)

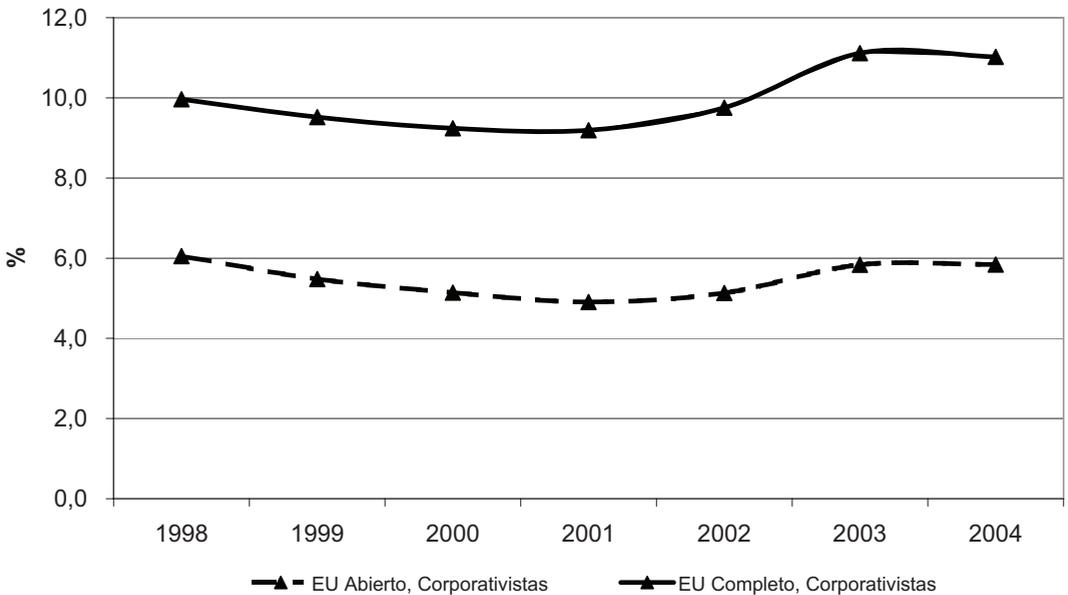
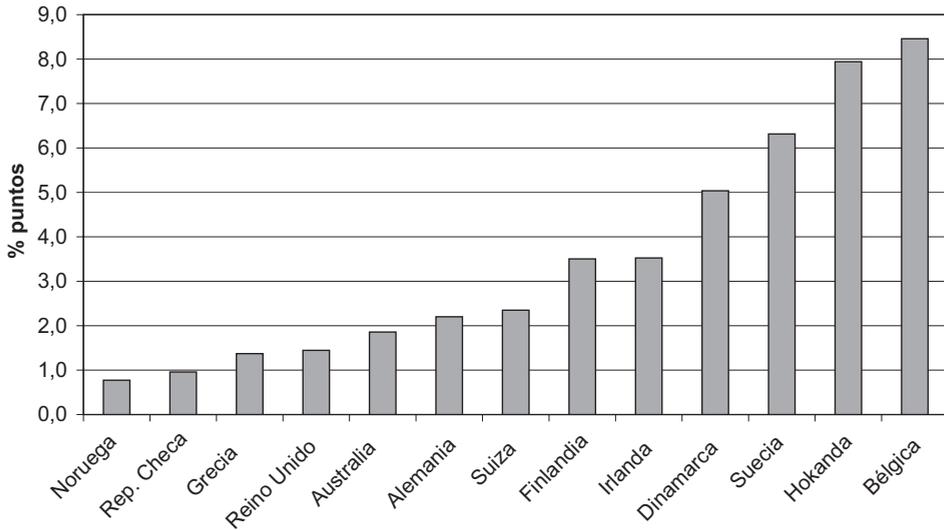


Fig. 12 Diferencias entre el desempleo abierto y completo, promedios 1998-2004.
Fuente: Heckman, Ljunge, y Ragan (2006)



Los ALMP que ocultan el desempleo son solo una parte de la razón por la que las tasas de desempleo “abierto” son más bajas en Europa nórdica. Europa, y la zona nórdica en particular, tienen muchos más dependientes de programas gubernamentales que EE.UU. Tomemos solo un programa como ejemplo. Los gastos en materia de discapacidad son mucho más altos en la UE que en EE.UU. En Holanda, en su apogeo, un 14% de todos los trabajadores posibles recibían seguro por discapacidad. Por encima del gasto elevado en ALMP, el gasto por discapacidad demanda una proporción importante del gasto de la OCDE (véase Figura 13). Los datos de 2004 muestran que las tasas de asimilación de discapacidad entre posibles trabajadores sin discapacidad alcanzan hasta el diez por ciento en muchos países (véase Figura 14).

Fig. 13 Gastos relacionados con la discapacidad (% PBI) en 1990, 1999.
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2005a, 2005b, 2006a, 2007a, y 2007b)

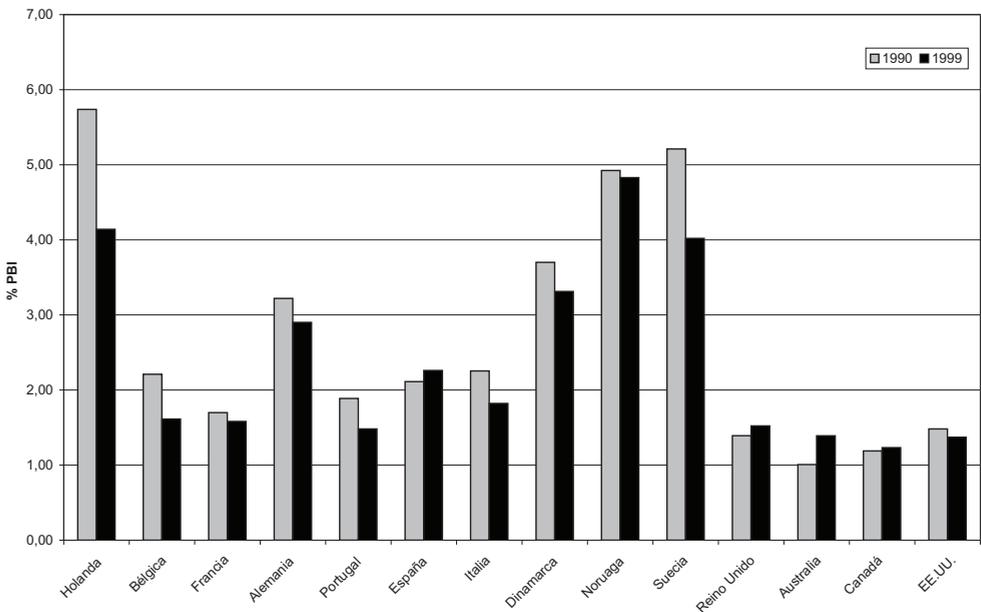
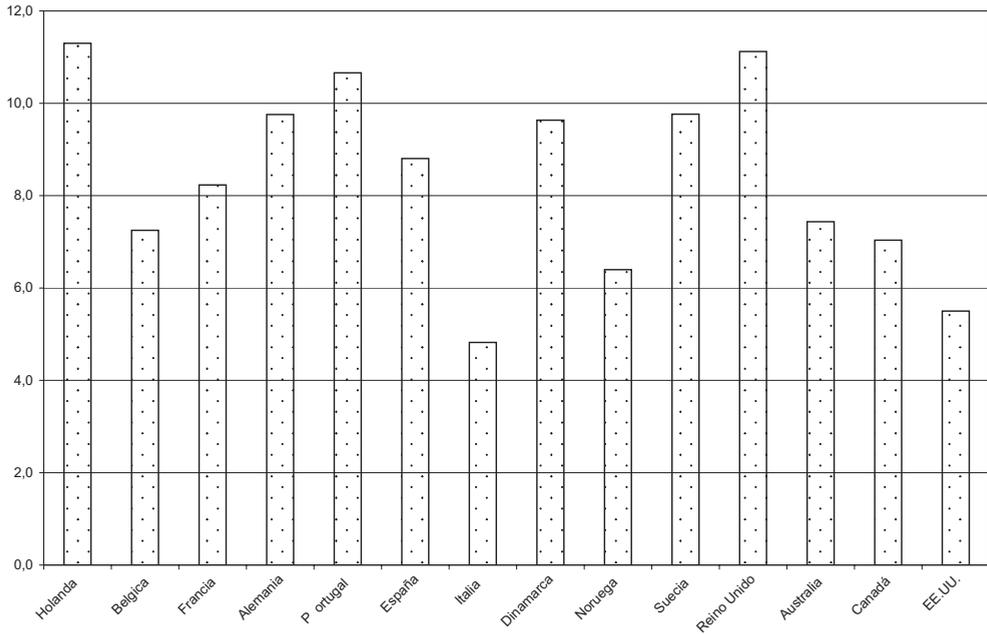


Fig. 14 Trabajadores discapacitados desempleados (% de la fuerza de trabajo).
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2005a, 2005b, 2006a, 2007a, y 2007b)



En términos más generales, las tasas de dependencia de los programas sociales son mucho más elevadas en la UE y la estructura de dependencia es diferente. La participación en programas de bienestar social y transferencia tiende a ser más duradera en el largo plazo en la UE que en cualquier otro estado benefactor. En muchos estados de la UE, la tasa de dependencia sobre las transferencias es elevada, y ha aumentado. La participación en una variedad de programas del estado benefactor ha bajado las tasas de empleo en muchos países de la OCDE. Reducen el desempleo mediante la adquisición de la participación de las personas en las fuerzas de trabajo. Cuando se ajustan los datos para subsidios de empleo, la tasa de desempleo real de los estados corporativistas decae de forma sustancial (véase Figure 15). Los efectos sobre las tasas de empleo de los estados benefactores occidentales son significativos (véase Figure 16).

Fig. 15 Tasas de empleo abierto y ajustado en un subconjunto de países europeos.
Fuente: Heckman, Ljunghe, y Ragan (2006)

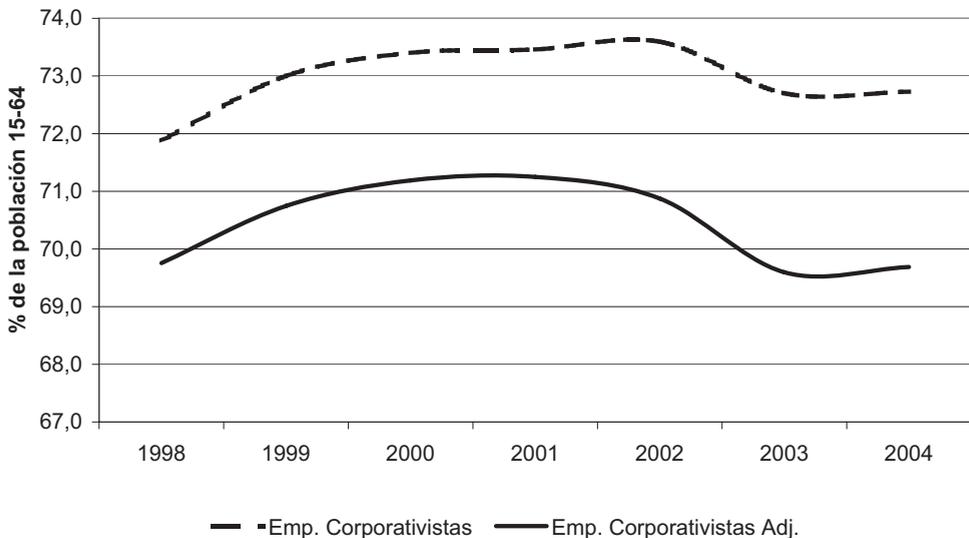
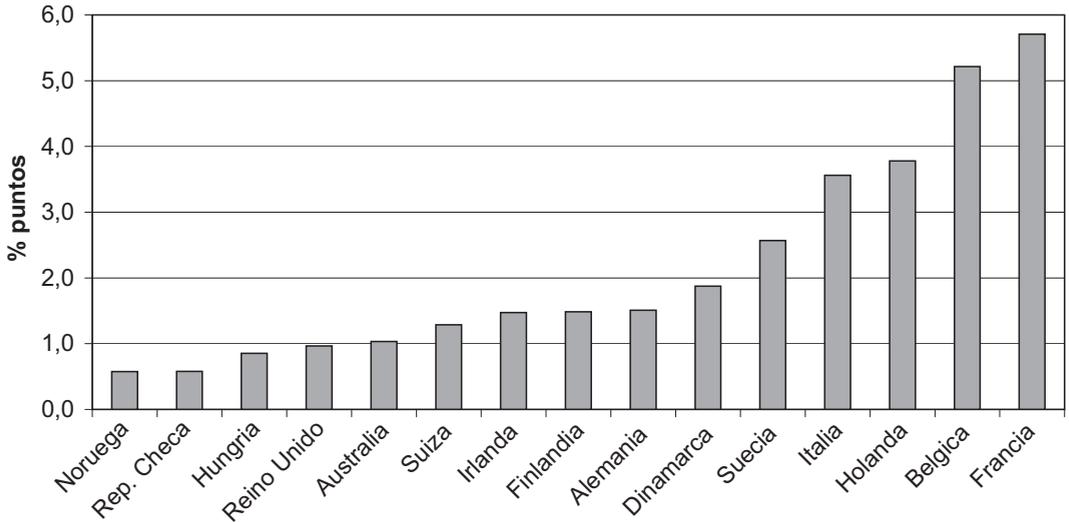
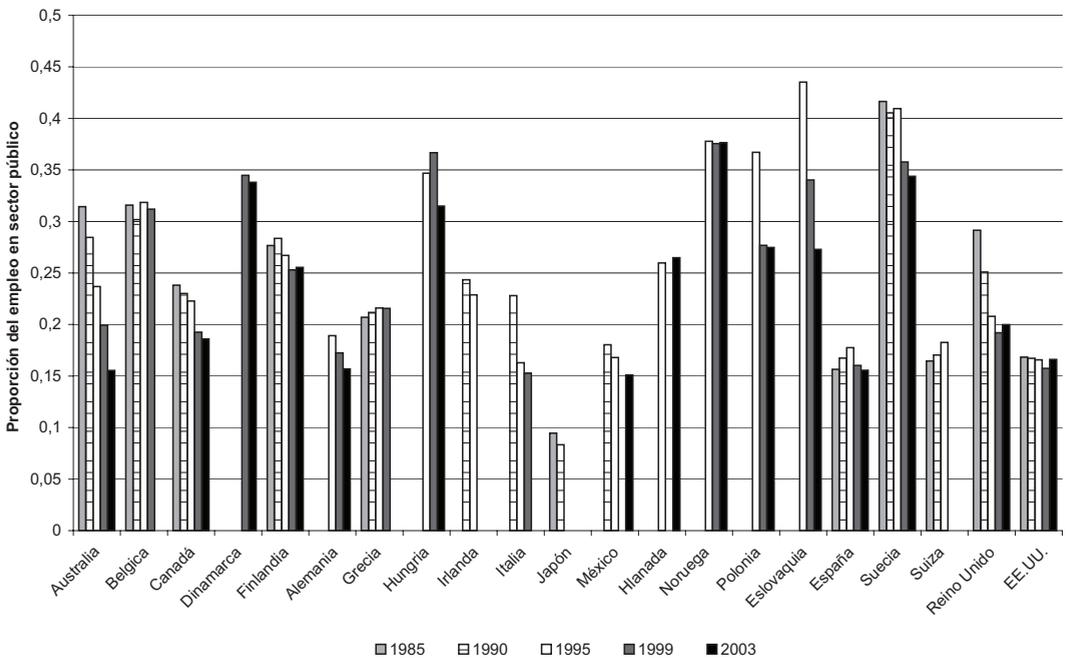


Fig. 16. Diferencias entre las tasas de empleo abierto y completo, promedios 1998-2004.
Fuente: Heckman, Ljunge, y Ragan (2006)



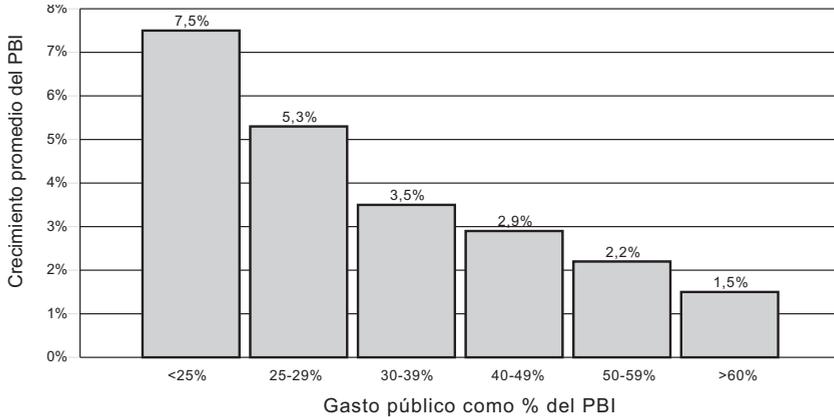
Una gran fracción del empleo en la UE –especialmente la UE corporativista– se encuentra en el sector gubernamental (véase Figura 17). El empleo gubernamental es un índice de la actividad regular y en la mayoría de los sectores, el empleo gubernamental no es productivo, aunque medir la productividad en la actividad gubernamental es una cuestión compleja.

Fig. 17 Cuota de empleo en el sector público.
Fuente: Heckman, Ljunge, y Ragan (2006)



Existe una relación inversa entre el tamaño del sector de gobierno y el crecimiento del PBI (véase Figura 20). Un análisis más detenido revela que la culpa es de las transferencias, y no de los gastos gubernamentales per se. El reconocimiento de lo dañino que es tener un sector gubernamental grande ha desembocado en tendencias contrarias al gasto público dentro de la OCDE, como revela la Figura 19.

Fig. 20 Correlación entre el crecimiento y el gasto público – 30 países de la OCDE, 1960-2005.
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)



La educación es un factor determinante del empleo y desempleo a largo plazo. Los trabajadores con más educación son más adaptables, innovadores, fácilmente empleados. El gasto en educación terciaria (college) por estudiante es mucho más bajo en la UE que en EE.UU. La tasa relativamente baja del nivel de instrucción en países de la OCDE se debe a la alta fiscalización de los ingresos con incentivos bajos para adquirir educación. Además, se depende exclusivamente sobre los recursos del sector público para apoyar la educación en un periodo en el que los recursos gubernamentales son limitados. No se cobran cuotas y se depende poco del sector privado como fuente de ingresos, a diferencia de EE.UU. Las cuotas pagadas por los estudiantes son una fuente de ingresos y filtra hacia el sistema educativo a los estudiantes con una alta demanda. Los emprendimientos conjuntos con las empresas son limitados. Suecia compensa parcialmente los desincentivos mediante generosos subsidios para la educación. No obstante, esta política corre el riesgo de capacitar a las personas para trabajos en el Reino Unido, EE.UU. y Canadá (véase Figura 21, Figura 22).

Fig. 21 Proporción de personas de 25-34 con estudios universitarios.
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2005a, 2005b, 2006a, 2007a, y 2007b)

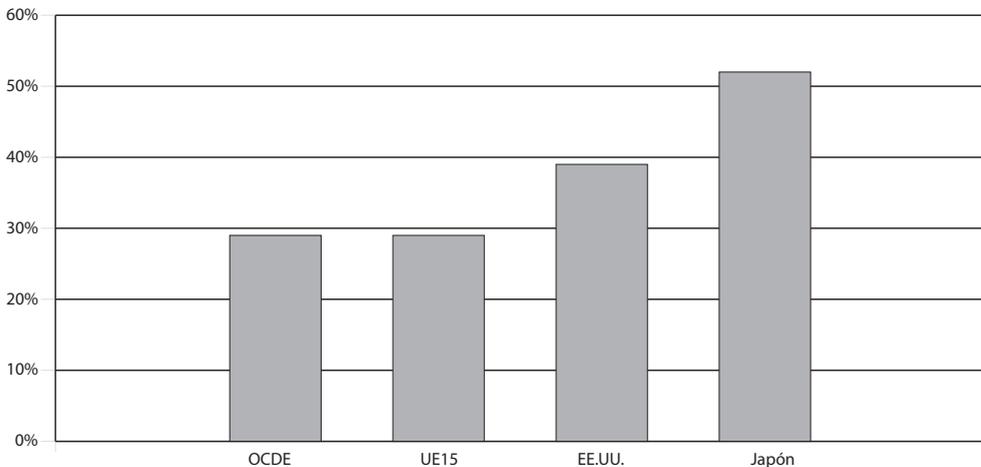
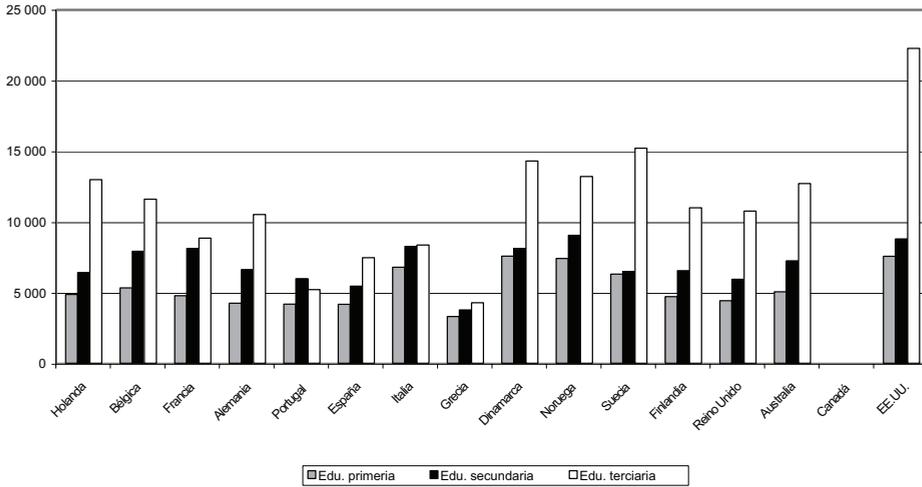
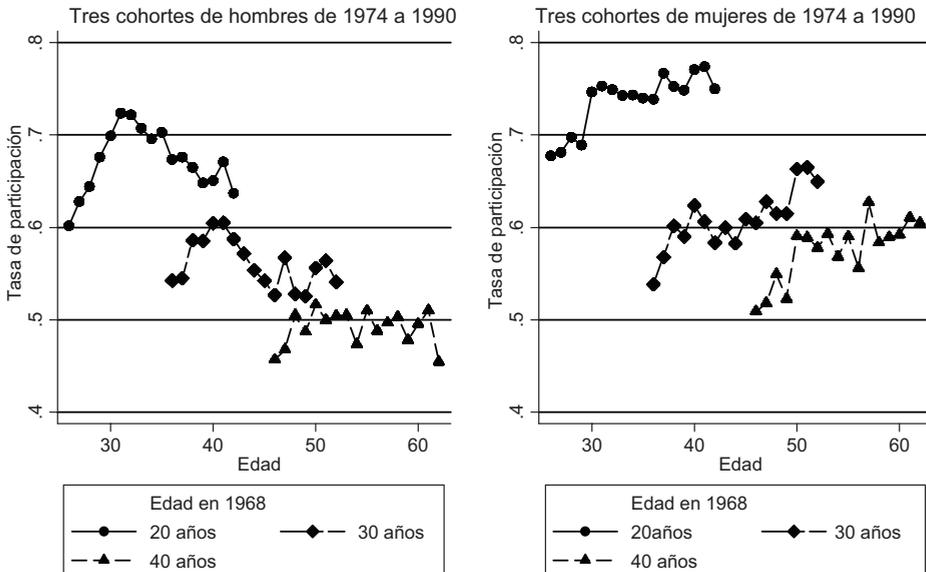


Fig. 22 Gasto real por estudiante en US\$.
Fuente: Cálculos del autor a partir de la OCDE (2006a)



La participación en los generosos estados benefactores conlleva a la erosión de la ética laboral y la retirada de la participación en el pacto social. Hay evidencia de la deriva de algunas cohortes en la participación social. Aquellas cohortes que han vivido la mayor parte de sus vidas de la generosidad del estado benefactor aceptan sus beneficios y juegan con el sistema en una proporción mayor. Martin Ljunge (2006) estudió el uso de licencias por enfermedad en tres cohortes de suecas. Los incentivos para hacer uso del sistema no han cambiado en 40 años. Sin embargo, como muestra la Figura 23, la tasa de asimilación para las mismas edades ha incrementado en las cohortes recientes. Este es un problema serio a largo plazo para el estado benefactor europeo. Esta erosión de la ética laboral se agrava por la falta de asimilación de muchas poblaciones inmigrantes. En realidad, el estado benefactor genera desigualdad y tiene características que se auto-propagan.

Fig. 23 Licencia por enfermedad para hombres y mujeres.
Fuente: Ljunge (2006)



Muestra: Participantes de la fuerza de trabajo, edades 26-62.

Las mediciones malas llevan a conclusiones débiles; las mediciones buenas llevan a conclusiones fuertes

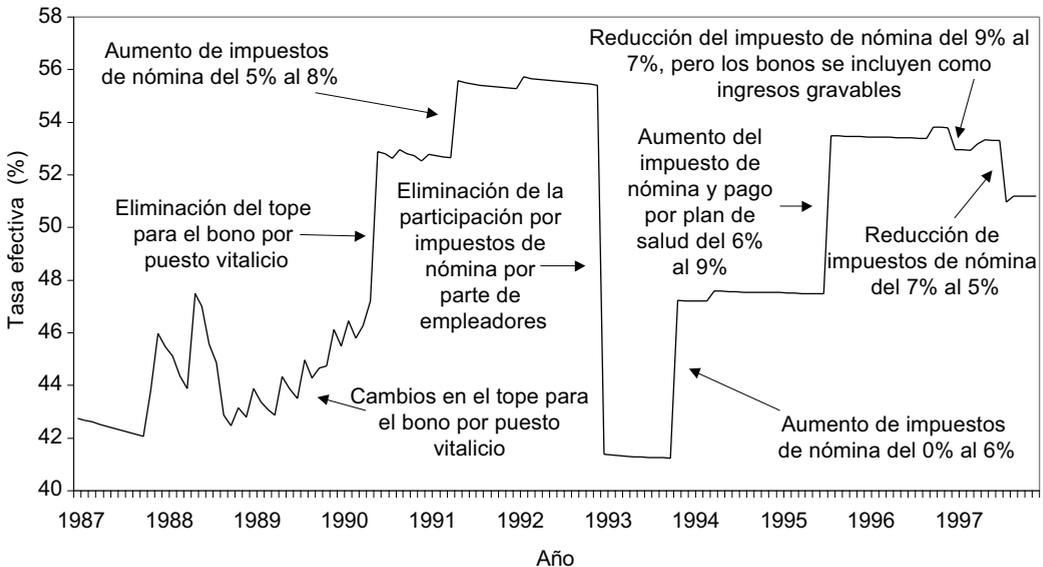
La OCDE y muchos otros estudiosos del desempeño económico europeo analizan la efectividad de los sistemas económicos alternativos relacionando el desempeño a varias medidas *ad hoc* de incentivos creados por instituciones. Hay muchísima bibliografía sobre paneles transversales que usan medidas para explicar la variación en el desempleo europeo y otros problemas (véase, por ejemplo, Blanchard y Wolfers 2000; Layard y otros 1991). Los países estudiados son muy heterogéneos y las series temporales analizadas fueron típicamente muy cortas. Muchas valuaciones de las instituciones son índices formados para países enteros. Estos estudios no analizaron los efectos de los incentivos sobre las empresas y los trabajadores al nivel en el que operan los incentivos. El análisis se realiza a niveles agregados usando como marco un “agente representativo” que ignora la heterogeneidad básica de la sociedad. Esta evidencia es frágil y poco fiable.

Sería positivo que los estudiosos del mercado laboral de la OCDE siguieran el ejemplo de los estudiosos del mercado laboral latinoamericano y cuantificaran los costos e incentivos de las instituciones que rigen a los mercados laborales. Estos estudios revelarían la insignificancia cuantitativa de las reformas hechas en Europa en la última década. Los académicos latinoamericanos han recolectado micro datos sobre costos, empleo, salarios y volumen de negocios en sus países. La inestabilidad política de la región produjo algunos experimentos económicos radicales con mayor variabilidad que cualquier experimento natural o de políticas públicas observado en Europa. Muchos de estos experimentos naturales son plausiblemente exógenos. A partir de estos experimentos podemos aprender acerca de los incentivos económicos básicos que se aplican de forma universal, aun si los detalles del entorno político varían de un episodio a otro.

Consideremos la variación sustancial en costos laborales en Perú en la última década asociados con varios gobiernos de Fujimori. La Figura 24 muestra un rango de variación en los costos no salariales debido a los cambios en las políticas en Perú desde el primer trimestre de 1987 hasta el primer trimestre de 1997.

Fig. 24 Evolución de costos no salariales pagados por los empleadores – Perú.

Nota: Los costos no salariales pagados por los empleadores incluyen impuestos salariales, bonos por cargos vitalicios, pagos del plan de jubilación público, y pagos del plan de salud pública. Los bonos por vacaciones se incluyen en la tasa efectiva, aunque no fueron modificadas durante el periodo y representan el 25% de los costos no salariales pagados al empleador (dos bonos salariales y un mes de vacaciones pagas por año). Fuente: Saavedra y Torero (2004)



En base a estos y otros datos, los costos de las instituciones (sindicatos, regulaciones del mercado laboral, esquemas de pago por despido y salarios mínimos) pueden ser cuantificados y calculados en los modelos microeconómicos de las empresas. La traducción de regulaciones a costos les permite a los analistas resumir una variedad de características de las instituciones del mercado laboral usando un esquema de costos interpretable. Los datos sobre costos se pueden usar para calcular el impacto de la regulación sobre el mercado laboral. En los mejores estudios, el análisis es altamente desagregado y aplicado al nivel de las empresas o la industria.

Los estudios que miden los costos laborales establecen precisamente que las curvas de demanda laboral son descendentes, es decir, los costos laborales más elevados implican una menor demanda de trabajadores. Esta relación se ha encontrado en las economías de todo el mundo. La elasticidad de la demanda del trabajo con respecto al salario es de 0,7 (Hamermesh 2004). Las regulaciones y los sindicatos aumentan los costos laborales y reducen el empleo. Con un aumento del costo laboral del diez por ciento, conllevan a una reducción del siete por ciento en empleo. Al contrario de la creencia popular, que muchos comparten porque es políticamente conveniente hacerlo, los salarios mínimos obligatorios reducen el empleo, al igual que lo hacen los impuestos sobre las nóminas de impuestos en los países sin flexibilidad salarial. La práctica actual de usar las medidas *ad hoc* de los costos de las instituciones para calcular las estadísticas altamente agregadas de países muy heterogéneos seguramente llega a la conclusión de que “las instituciones no importan” cuando en realidad sí importan.

Impuestos sobre las nóminas

Los impuestos sobre las nóminas son una proporción importante del costo total laboral de la mayoría de los estados benefactores. Los efectos de desocupación de los impuestos sobre las nóminas dependen de lo que los economistas llaman “tránsito” [*pass-through*]. La proporción de costos del impuesto sobre las nóminas soportado por las empresas y, por lo tanto, la extensión de la desocupación, depende de cuán flexibles sean los salarios y cuán sabiamente se gasten los fondos (¿los trabajadores valoran los beneficios?). Uno de los costos de la corrupción y mala gobernanza es que las empresas soportan una proporción mayor del impuesto a las nóminas. Esto reduce el empleo.

Estudios de reformas sindicales que corroboran el valor de los estudios desagregados

Consideremos los beneficios de redefinir el rol de los sindicatos. Las reformas de este tipo han sido puestas en práctica y analizadas en base a datos a nivel de planta individual (véase Pencavel 2004; Nickell y otros 1992). Los estudios revelan el valor de la explotación del conocimiento local y de los incentivos. Cuanto menos descentralizado sea el lugar de la negociación colectiva, más productiva es económicamente la relación entre el trabajador y la empresa; y menos comportamientos de búsqueda de rentas hay desde los sindicatos. Las políticas públicas hacia los sindicatos deben ser ecuanímes y no favorecer a un partido por sobre otro. Los gobiernos deben permitirle a todos los partidos establecer normas y no imponer reglas uniformes sobre todos los pares de negociación.

Una importante excepción a esta regla es que, en tiempos de crisis, al igual que en tiempos de guerra, es posible que los sindicatos centralizados trabajen en función de los intereses públicos y calmen las demandas salariales. Esta observación motiva en parte la afirmación de una “U” en la densidad óptima de sindicatos, es decir, de que los mejores modelos sociales son o bien cero por ciento sindicalizados o cien por ciento sindicalizados. En los estudios sobre sindicatos se ha encontrado poca evidencia de que los sindicatos monopólicos operan de forma iluminada en el largo plazo (véase Pencavel 1999). Pueden operar de modo constructivo en el corto plazo en momentos de crisis, pero ha demostrado ser difícil mantener la cooperación en un periodo de éxito sostenido.

Pencavel (1999) documenta el efecto de las reformas sindicales en el Reino Unido que llevaron a la negociación al nivel local. Incrementaron la productividad de las empresas, tanto sindicales como no-sindicales. La moraleja del estudio de Pencavel no es que hay que eliminar los sindicatos, sino cambiar la relación entre el sindicato y la empresa para concentrarse en la creación de incentivos que incrementan la productividad a nivel local. Las reformas en el sector sindical fueron complementarias

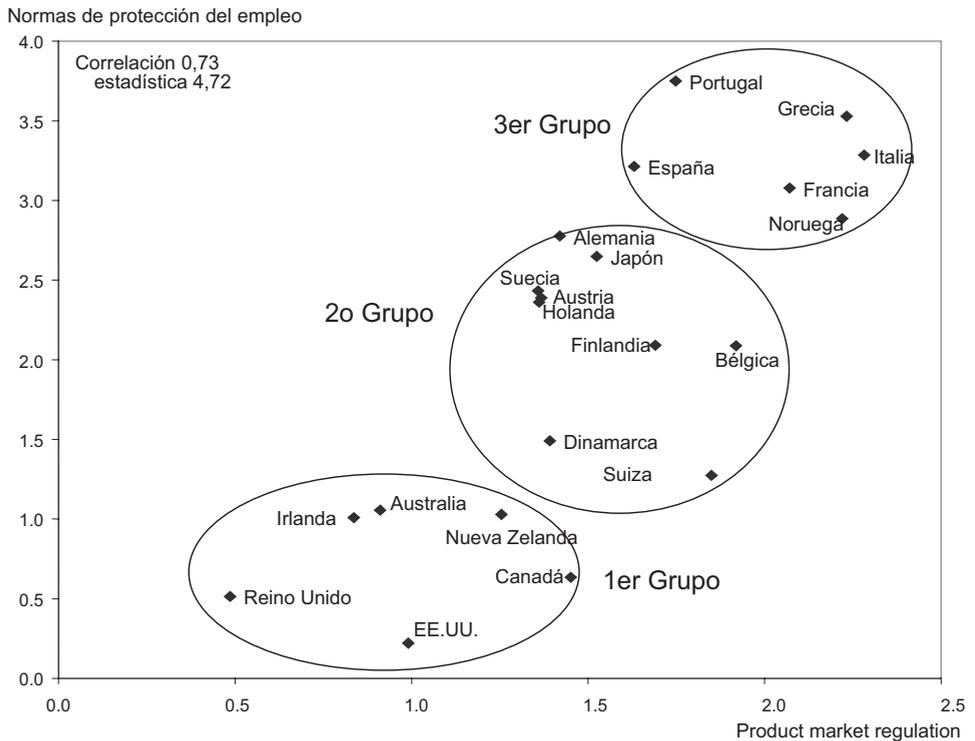
con las reformas en el mercado de productos (véase Pencavel 1999). El establecimiento de salarios uniformes –como en Italia (sur y norte), Alemania oriental y el norte de Suecia– que no es sensible a las demandas locales conllevan tasas elevadas de desempleo en las regiones de menor productividad.

La carga de la regulación

Muchas economías de todo el mundo operan bajo una fuerte carga regulativa. Las regulaciones incrementan los costos de ajuste laboral y promocionan la inflexibilidad. La regulación lleva a una respuesta lenta del empleo. Las normas de protección del empleo son populares en los países menos desarrollados (LDC, por sus siglas en inglés); y en los estados benefactores del Mediterráneo reducen la movilidad laboral. La desregulación aumenta la movilidad y la flexibilidad. La regulación incrementa el empleo en general, pero aumenta el empleo para los trabajadores protegidos. Produce un enclave protegido para los de adentro (véase Lindbeck y Snower 1989).

Asimismo, como han destacado Nicoletti y Scarpetta (2001), la regulación del mercado laboral y de productos está altamente correlacionada (véase Figura 25). Esta gama de regulaciones reduce la innovación y menoscaba la adopción de tecnología (véase Figura 26). La regulación reduce la entrada de empresas (véase Djankov y otros 2002; Freeman 2002) (véase Figura 27). Estas barreras tienen efectos sustanciales y perversos sobre el crecimiento en productividad en el largo plazo.

Fig. 25 Regulación del mercado de productos y normas de protección del empleo. Fuente: Nicoletti y Sarpetta (2001)



El argumento de la desigualdad para la reexaminación del estado benefactor

Un argumento central en la defensa del estado benefactor es que reduce la desigualdad y promueve la inclusión social. En la práctica, el estado benefactor muchas veces excluye a las personas, genera desigualdad y reduce la competitividad (véase Heckman y Pagés 2004). Los incentivos insaturados muchas veces enlentecen la asimilación de la inmigración y reducen la inclusión.

Los incentivos que protegen el statu quo reducen la movilidad durante el ciclo de vida. Las rigideces del estado benefactor aumentan la desigualdad de por vida. La desigualdad transversal (que atraviesa a las personas en un momento dado) es mucho mayor en EE.UU. que en Italia. Sin embargo, en Italia, los puestos de trabajo tienen protección vitalicia. La movilidad desde un primer trabajo malo es mucho más baja que en el mercado laboral más flexible de EE.UU. La brecha de desigualdad de por vida entre EE.UU. e Italia es mucho menor que la brecha transversal (véase Flinn 2002).

Fig. 26 Uso de Internet y protección del empleo.
Fuente: Samaniego (2006)

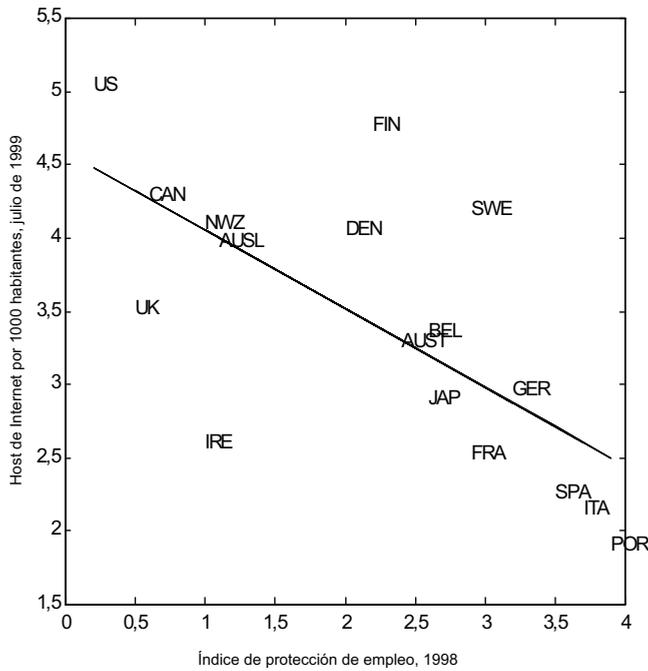
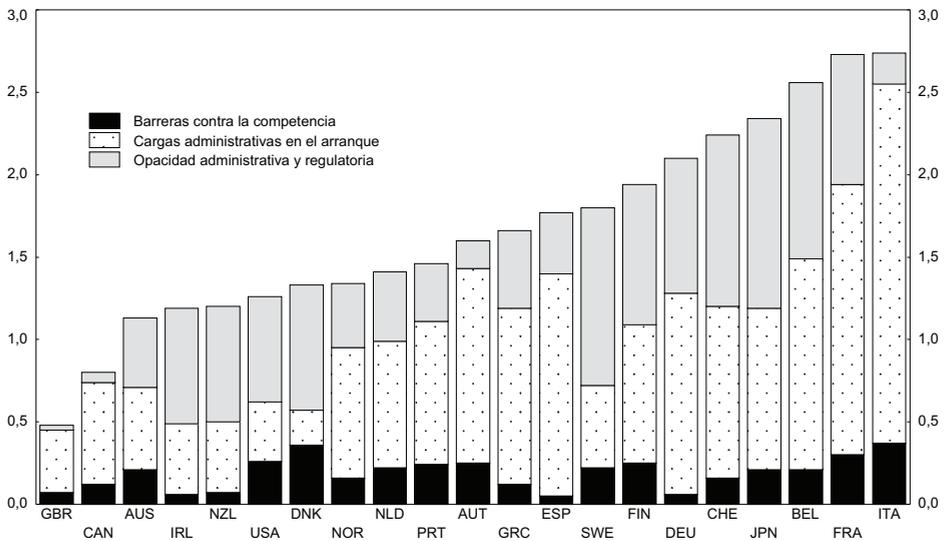


Fig. 27 Barreras contra la iniciativa empresarial: comparación transversal en base a datos de 1998.
Fuente: Nicoletti y Scarpetta (2001)



La crisis es la madre de todas las reformas del estado benefactor

La economía política del estado benefactor está manipulada en contra de la reforma porque muchas personas se benefician de ella. Las reformas que se le han hecho a los estados benefactores han sido bastante modestas. La mayoría de las reformas llegan a raíz de una crisis económica. Hay poca capacidad interna para que las sociedades democráticas se reformen sin una crisis.

Resumen

Las disposiciones del estado benefactor, como el derecho a la seguridad económica, muchas veces son interpretadas como derechos humanos básicos que implementan el estado de derecho. Los derechos que mejoran a toda o una gran parte de la sociedad deben ser diferenciados de los derechos que benefician a algunos a expensas de muchos. Muchas disposiciones de los estados benefactores modernos favorecen a algunos dañando a otros. Los programas que les pagan a los trabajadores para retirarse de la actividad económica mientras otros trabajan para mantenerlos son ejemplos de este tipo de disposiciones.

Este capítulo extiende la discusión del estado benefactor más allá del nivel de apoyar un sistema por sobre otro. He presentado las características esenciales que subyacen al éxito de los aspectos de muchos sistemas diferentes. Los sistemas que respetan los incentivos básicos de la vida económica son los más exitosos. Estos incentivos restringen las libertades posibles bajo el estado benefactor.

Los incentivos incluyen:

- recompensas por elaboración de productos, por creación de nuevas ideas e instituciones;
- por trabajar en vez de hacer politiquero;
- incentivos por buscar trabajo cuando las condiciones económicas favorecen el traslado (p. ej., sanciones en Holanda y Dinamarca);
- incentivos para la inversión a medida que surgen las oportunidades, por aventurarse, por construir para el futuro;
- incentivos para movilizarse cuando las condiciones económicas lo exigen (como en el sistema de “flexicurity”).

Las tendencias a largo plazo de los estados benefactores occidentales no son favorables, ni siquiera en los países nórdicos. Esto queda especialmente claro una vez que se expone la distorsión en las estadísticas publicadas. Los altos niveles de tributación, protección y generosidad de beneficios corroen el dinamismo de cualquier sociedad. Generan una cultura de dependencia que corroe la innovación. Crean un nivel de complacencia que corroe la ética laboral y apaga los incentivos para invertir en capacidades y en la mayor parte de la sociedad. Crean un sistema que protege el *statu quo* y es muy difícil de cambiar, salvo en momentos de crisis. La mayoría de las reformas de los estados benefactores (p. ej., Irlanda, Finlandia, Holanda y Suecia) se produjeron en momentos de crisis.

Hay mucho espacio para la innovación y la creatividad en las políticas públicas. Uno puede crear incentivos para la movilidad y al mismo tiempo darles algo de seguridad a los trabajadores, como en el sistema danés de “*flexicurity*”. Uno puede crear incentivos para el trabajo (créditos fiscales laborales en el Reino Unido, créditos tributarios los ingresos obtenidos en EE.UU.) sin recurrir a la asistencia social. Estos incentivos aumentan la productividad y los niveles de bienestar e integración social. Se pueden usar cuentas de seguro social que aseguren al sistema, pero al mismo tiempo permitan su flexibilidad.

El estado benefactor es una creación relativamente nueva. No es sorprendente que sus versiones tempranas a veces crearon incentivos perversos. Estos incentivos perversos no son intrínsecos a él. La innovación, la reforma y la experimentación pueden mejorarlo. Los intentos de reforma y renovación deberían respetar el poder de los incentivos y promover el seguro social eficiente.

Capítulo 8

La Crisis Financiera Global: Impacto Sobre el Trabajo y el Empleo

Diamond Ashiagbor¹

Este artículo examina los efectos sociales negativos de la CFG, concentrándose en el impacto de la crisis sobre las leyes que rigen el trabajo y el empleo y, a la inversa, en cómo estas leyes pueden ser utilizadas para mitigar o mejorar las consecuencias negativas de la crisis, y de los programas de saneamiento o austeridad.

Introducción

Está claro que la CFG del 2008 sigue teniendo importantes repercusiones sobre la economía mundial, y sobre los mercados laborales. Los estudios de impacto de la crisis sobre los países en desarrollo (por ejemplo, el estudio multinacional coordinado por el *Overseas Development Institute* del Reino Unido² han revelado que, a diferencia de lo que inicialmente se suponía, los países en desarrollo no han sido protegidos de la crisis financiera. Según Oxfam, el efecto expansivo del ‘terremoto financiero’ que sacudió a los centros bancarios de Europa y América del Norte se ha transmitido a las ‘verdaderas economías’ de los países pobres mediante numerosas fallas sísmicas, de las cuales las que más impactan sobre el mercado laboral y del empleo son: fallas en la demanda (de exportaciones), en el producto bruto interno (PBI) y en la demanda y el consumo interno, que llevan a la disminución de la producción, el empleo y el disfrute de los derechos, y al aumento de la competencia en la economía informal.³

Con respecto a las economías industrializadas, antes de la CFG el ‘gran pacto social’ dentro del cual ‘la liberalización económica se había incrustado en la comunidad social’⁴ ya se había empezado a desentrañar por un número de razones: las economías de mercado, tales como los de la OCDE, descubrieron que sus estados benefactores y sistemas de ciudadanía social y derechos laborales habían sido objeto de una mayor presión desde los años 1990, con desafíos a su sostenibilidad cada vez más agudos tras la actual crisis económica global.

Incluso antes de la crisis actual, las instituciones internacionales manifestaban la inquietud de que la dimensión social de la liberalización comercial se había desarrollado de forma insuficiente. Un mensaje clave del informe de 2004 de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la

1 Diamond Ashiagbor, Profesora de Derecho Laboral, School of Oriental and African Studies, University of London.

2 Overseas Development Institute, ‘The global financial crisis and developing countries Phase 2 synthesis’, Working Paper 316, Londres: ODI, marzo de 2010 (estudio de Bangladesh, Bolivia, Camboya, República Democrática del Congo, Kenia, Etiopía, Tanzania, Uganda y Zambia).

3 Duncan Green, Richard King and May Miller-Dawkins, ‘The Global Economic Crisis and Developing Countries’, Oxfam GB y Oxfam Australia, 28 de mayo de 2010, 9. En cuanto a los efectos de la crisis sobre el empleo, el estudio del ODI destacó que serían más visibles en el sector de la indumentaria y la minería. ODI, *supra* nota 2, vii.

4 John Gerard Ruggie, ‘Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection’, Institute for International Law and Justice Working Paper 2003/2, New York University School of Law.

Globalización (una investigación encargada por la Organización Internacional del Trabajo, OIT) giraba en torno a la necesidad de que las instituciones gobernarán o ‘domesticarán’ la globalización y asegurarán una distribución más equitativa de sus beneficios, dado que los ‘[m]ercados globales han crecido rápidamente sin un desarrollo paralelo de las instituciones económicas o sociales necesarias para su funcionamiento fluido y equitativo’.⁵

La Comisión Mundial destacó la necesidad de *mecanismos de ajuste*, tanto en países desarrollados como en desarrollo. En los primeros, las naciones industrializadas, se reconoce que un mayor acceso al mercado para las exportaciones de los países en desarrollo podría imponer un costo social elevado sobre los trabajadores de los países desarrollados, requiriendo asistencia para el ajuste para los trabajadores afectados.⁶ En los segundos, existe la necesidad de que los donantes y las instituciones financieras internacionales y regionales apoyen a los sistemas de protección social nacionales nacientes para asegurar una distribución más justa de las ganancias de la globalización.⁷

Dentro de algunos estados, y dentro de algunas instancias de integración regional de los mercados (como la UE), los estados intervencionistas han podido participar, en el pasado, en la redistribución o el ajuste comercial –para asegurar que los perdedores de la globalización sean compensados. Tales mecanismos de ajuste del comercio pueden tomar la forma de redistribución, políticas de educación o políticas del mercado de trabajo –tales como las políticas que aseguran a los trabajadores contra efectos adversos,⁸ por ejemplo, la regulación de la seguridad laboral, para que sea más difícil para los empleadores despedir a los trabajadores; y los subsidios de desempleo, que conceden a los trabajadores la sustitución de ingresos durante el desempleo.

Sin embargo, estos mecanismos de ajuste están faltando a nivel global, de los grupos regionales de comercio de los países menos industrializados y de los mismos Estados en desarrollo. Los países en desarrollo claramente nunca gozaron de los tipos de mecanismos de ajuste existentes en los países industrializados. No tienen el ‘privilegio de amortiguar los efectos internos adversos de la exposición al mercado [dado que] la mayoría de ellos carecen de recursos, capacidad institucional [y] apoyo internacional’.⁹

En consecuencia, al examinar el impacto social de la crisis actual, en este capítulo se tendrán en cuenta los puntos de partida diferentes de las naciones y las regiones industrializadas y en desarrollo –las diferencias en su capacidad de hacer uso de las leyes de trabajo y empleo para amortiguar el impacto del comercio y la apertura de mercado, y sus respuestas divergentes a la CFG. El capítulo examinará las tres áreas principales de la regulación del mercado laboral:

- las leyes de trabajo y empleo en momentos de austeridad;
 - el impacto de la CFG sobre el derecho individual del empleo;
 - el impacto de la CFG sobre los términos y condiciones exigidos de forma colectiva;
- el derecho a la igualdad en momentos de austeridad;
- el uso de normas de derechos humanos en momentos de crisis.

Las leyes de trabajo y empleo en momentos de austeridad

En 2012, la OIT destacó que todos los analistas habían pronosticado una reducción de las tasas de crecimiento globales, con un riesgo incrementado de mayor desaceleración para el 2013. El resultado de esto es un alto riesgo de ‘poca o ninguna mejora en las condiciones del mercado de trabajo en la mayoría de los países y el deterioro en aquellos que experimentan una recesión o estancamiento efectivo’.¹⁰ Esto ha desembocado en un incremento rápido del desempleo más marcado, por

5 Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (WCSDG, por sus siglas en inglés), *A Fair Globalization: Creating Opportunities For All*, OIT 2004, xi. Hamish Jenkins, Eddy Lee y Gerry Rodgers, ‘The quest for a fair globalization three years on: Assessing the impact of the World Commission on the Social Dimension of Globalization’, International Institute for Labour Studies/ILO Discussion Paper Series No 175, 2007.

6 Véase nota 5 *supra*, 82.

7 *Ibid.*, en 109.

8 Marion Jansen and Eddy Lee, *Trade and employment: Challenges for policy research*, OIT/OMC, 2007, 7–10 y 55–80.

9 John Gerard Ruggie, ‘Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection’, Institute for International Law and Justice Working Paper 2003/2, New York University School of Law, 2.

10 OIT, 316a Sesión del Consejo de Administración, Ginebra, 1–16 noviembre de 2012, ‘Global economic prospects and the Decent Work Agenda’, par. 1.

ejemplo, entre las personas menores de 25 años en la UE. Hay una importante interconexión entre las economías industrializadas y en desarrollo: las primeras, que representan el 52 por ciento de la producción mundial, están arrastrando hacia abajo el crecimiento mundial y el desempeño de los países emergentes o en desarrollo.¹¹

Dirigiéndose al Parlamento Europeo el 14 de septiembre 2011, el Director General de la OIT, Juan Somavía, destacó que:

‘El respeto por los principios y derechos fundamentales en el lugar de trabajo no es negociable: ni siquiera en momentos de crisis cuando las cuestiones de equidad abundan. Esto es particularmente importante en países que tienen que adoptar medidas de austeridad. No podemos usar a la crisis como excusa para ignorar las normas laborales internacionalmente acordadas’.

Sin embargo, muchas naciones industrializadas, particularmente dentro de la UE, están haciendo cambios a gran escala en los regímenes de legislación laboral bajo el pretexto de ‘flexibilizar’ a los mercados laborales como una de las mejores formas de responder a la crisis.¹² Por lo menos en el contexto de la UE, esta tendencia a la flexibilización de las políticas públicas de los mercados laborales –en su mayoría políticas de desregulación del derecho laboral– ha sido de larga data. Pero la dilución o reforma de los estándares laborales se ha tornado urgente en el contexto de la crisis económica.

El impacto de la CFG sobre el derecho individual del empleo

La CFG está influyendo sobre la regulación de las relaciones de empleo, particularmente en términos de:

- presiones sobre la regulación de las relaciones de empleo a través de la contratación de empleados;
- mayor informalidad de los mercados laborales y el incremento por parte de los empleadores del uso de trabajadores no-estándar, flexibles o precarios;
- el sesgo de género en el trabajo no-estándar;
- políticas y regulaciones nacionales e internacionales para combatir el trabajo precario.

Existe una simetría entre el impacto que está teniendo la CFG en el derecho laboral individual y colectivo dentro de los países industrializados (que están experimentando una crisis predominantemente en forma de deuda soberana) y el efecto de los programas de ajuste estructural implementados por el FMI y el Banco Mundial sobre los mercados laborales en los estados en desarrollo desde los años 1970 en adelante. El ‘Consenso de Washington’ que sustenta a los programas de ajuste estructural promocionaron, entre otras, la liberalización del comercio, o el levantamiento de las restricciones de importación y exportación y la privatización de industrias y recursos del Estado. El impacto sobre los derechos de empleo fue negativo, dado que en el pensamiento económico ortodoxo subyacente a las políticas de ajuste estructural se tendía a ver a las instituciones y regulaciones de protección del mercado laboral como ‘rigideces’ que debían ser desreguladas para que los mercados fueran más eficientes.

Se puede observar un patrón similar en las respuestas a la actual crisis. Tomando a EE.UU. como un estudio de caso regional, gubernamental –y supranacional–, las respuestas a la actual crisis, en particular la crisis de la deuda soberana, han puesto a las leyes laborales y del trabajo en el centro del conjunto de mecanismos de políticas públicas. En particular, como destaca Simon Deakin, ‘[I]as reformas radicales de desregulación laboral le han sido exigidas a los estados miembros de la UE que reciben apoyo económico de la ‘Troika’ financiera de la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el FMI’.¹³

Según Catherine Barnard, el impacto directo o indirecto sobre el derecho laboral de varias respuestas a la crisis –el Pacto por el Euro Plus de marzo de 2011, los ‘rescates’ concedidos a Grecia, Irlanda y Portugal y los Memorandos de Entendimiento (MoU, por sus siglas en inglés) que los acompañan, y el mecanismo europeo de estabilización financiera – ha ascendido eficazmente a la desregulación de

11 *Ibid.*

12 EC, nota sobre ‘An Agenda for new skills and jobs: A European contribution towards full employment’ COM (2010) 682 final.

13 Simon Deakin, ‘Editorial: The Sovereign Debt Crisis and European Labour Law’ (2012) *Industrial Law Journal*, 251–253.

derechos laborales a nivel nacional sancionados por la UE o UE/FMI.¹⁴ Por ejemplo, en el MoU que gobierna su rescate, Irlanda se compromete a reducir el salario mínimo en un Euro la hora. Portugal se compromete a hacer recortes, entre los que se incluyen reducciones en los pagos por bonos salariales para los empleados públicos y pensionados, reducciones en la generosidad de las indemnizaciones por despido y la imposición de restricciones a los derechos de despido y la indemnización por despido.¹⁵

En el resto de Europa los demás países han reformado de manera similar o han considerado una relajación de las restricciones sobre la terminación de la relación de empleo por iniciativa del empleador.¹⁶ Una revisión de la regulación de los despidos colectivos por razones económicas en 125 países, incluidos cambios en las obligaciones de las empresas, revela que ocho países adoptaron normas más flexibles, mientras que seis países introdujeron nuevas obligaciones para las empresas.¹⁷

El impacto de la CFG sobre los términos y condiciones exigidos de forma colectiva

Desde el lado colectivo: los tres países mencionados más arriba sujetos al programa de ajuste económico de la UE –Grecia, Irlanda y Portugal– se han contraído drásticamente desde 2008, dando lugar a un aumento del desempleo. Las revisiones periódicas por la *Troika* vinculadas con la liberación de los fondos de rescate han pedido que se redoblen los esfuerzos por reducir déficits presupuestarios junto a importantes reformas estructurales, incluida la reforma de pagos de sistemas de determinación y legislación de protección de empleo.¹⁸ Por ejemplo, en Irlanda, los Acuerdos de Empleo Registrado o Decretos de Regulación de Empleo –convenios colectivos en los sectores agrícola, abastecimiento, construcción y contratación eléctrica– han sido reemplazados.¹⁹

En términos más generales, junto a tales respuestas gubernamentales y regulatorias a la CFG –mediante la agrupación de políticas salariales, ajustes a los salarios mínimos, protección contra el despido– la crisis interactúa con el declive, global y constante a lo largo de décadas, de la afiliación sindical y cobertura de los convenios colectivos.²⁰ Mientras que la teoría económica ortodoxa asume que los sindicatos tienden a aumentar los salarios, y al hacerlo incrementan el desempleo, hay fuertes argumentos económicos (y nuevos argumentos institucionalistas) a favor de las instituciones del mercado laboral, como los sistemas de negociación colectiva; por ejemplo, como forma de regulación que compensa las fallas de mercado que, junto con el derecho laboral, pueden reducir los costos de transacción, brindar estabilidad en las relaciones de largo plazo y facilitar un mayor nivel de flexibilidad funcional y aceptación del cambio tecnológico.²¹ En el contexto de la crisis, Hayter y otros sostienen que: ‘las relaciones institucionales bien desarrolladas en la industria pueden ser un recurso crítico para dirigir a un país, sector o emprendimiento durante una crisis económica y para manejar el cambio’.²² No obstante, irónicamente, un efecto clave de la CFG ha sido el pronunciado declive de esta cooperación o corporativismo, con el ‘colapso de modalidades de consenso para la formulación de políticas sociales y económicas’, más pronunciada en Irlanda.²³

14 Catherine Barnard, ‘The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer’s Perspective’ (2012) *Industrial Law Journal*, 98–114.

15 *Ibid.*, 110–111. Véase también Catherine Barnard, ‘Equality, Solidarity and the Charter in time of crisis’ a case study of dismissal’ artículo presentado en la conferencia ‘Resocializing Europe and the Mutualization of Risks to Workers’ 18–19 de mayo de 2012, University College London.

16 David Tajzman, Catherine Saget, Natan Elkin y Eric Gravel, ‘Rights at work in times of crisis: Trends at the country level in terms of compliance with international labour standards’, Sector de Empleo de la OIT, *Employment Working Paper No 101* (2011), 6.

17 Angelika Muller, ‘Employment protection legislation tested by the economic crisis: A global review of collective dismissals for economic reasons’ *Diálogo de la OIT en Breve*, No 3, septiembre de 2011.

18 OIT, 316a Sesión del Consejo de Administración, Ginebra, 1–16 noviembre de 2012, ‘Global economic prospects and the Decent Work Agenda’, par. 1.

19 Véase nota 14 *supra*, 111.

20 Véanse estadísticas sobre la afiliación sindical y la cobertura de la negociación colectiva en países de la OCDE y en desarrollo en Susan Hayter, Tayo Fashoyin y Thomas A Kochan, ‘Review Essay: Collective Bargaining for the 21st Century’ (2011) *Journal of Industrial Relations*, 225–247; David G Blanchflower, ‘A Cross-Country Study of Union Membership’, IZA Discussion Paper No 2016, marzo de 2006.

21 Para un análisis más detallado del efecto mejorador de la eficacia de las instituciones del mercado de trabajo véase, Diamond Ashiagbor, *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New Governance* (OUP 2005) 48–51.

22 Véase nota 20 *supra*, 241.

23 Oireachtas (Irish Parliament) Library and Research Service, ‘Trade unions, collective bargaining and the economic crisis: where now?’ *Spotlight No 4*, 2011, disponible en www.oireachtas.ie/parliament, consultado el 27 de marzo de 2013.

Sin embargo existen algunas estrategias de negociación colectiva y resistencia a los programas de austeridad. También hay lugar para los estándares laborales internacionales, en particular en la OIT; la cual no comparte el discurso desregulador de algunos estados naciones u organismos supranacionales. Mientras que algunos gobiernos reformaron de forma unilateral los modelos de negociación colectivos en el apogeo de la crisis económica, la OIT sostiene que la clave de la recuperación está en revertir esas decisiones y brindar apoyo a las políticas públicas para la negociación colectiva.²⁴

El derecho a la igualdad en momentos de austeridad

Algunos analistas, como Brendan Barber del Trades Union Congress (TUC) del Reino Unido, han caracterizado a la actual recesión como una ‘recesión de igualdad de oportunidades’²⁵ en el sentido de que las pérdidas de empleo que se generaron en los sectores donde predominan los hombres, como la fabricación y la construcción, se compensan con las pérdidas de empleo en el comercio minorista y la hostelería, donde trabajan más mujeres. Sin embargo, la realidad es mucho más compleja tanto entre los géneros (especialmente en las economías en desarrollo), y entre los diferentes grupos de igualdad, tanto en economías industrializadas como en desarrollo.

La CFG está teniendo un fuerte impacto a nivel mundial sobre la igualdad en el mercado laboral, al menos en tres aspectos. Primero, como observó el Director General de la OIT, Juan Somavia, ‘[l]os tiempos económicamente adversos son un caldo de cultivo para la discriminación en el trabajo y en la sociedad en general’.²⁶ El denominador común puede describirse como una de reducción de personal: el dejar de priorizar el trabajo para aquellos grupos a los que tradicionalmente se percibe como el ‘núcleo’ del mercado laboral, como se ve, por ejemplo, en las actitudes de dar preferencia a empleo masculino con el fin de apoyar al hombre proveedor;²⁷ o el endurecimiento de las actitudes hacia los inmigrantes, dando lugar a la reducción del empleo o las oportunidades de migración, el aumento de la xenofobia, el deterioro de las condiciones de trabajo, e incluso la violencia.²⁸ Los estudios muestran un aumento en la percepción de que los empleados ya no podrán permitirse el ‘lujo’ de perseguir ‘estrategias de diversidad’, y que esto limitará o disminuirá las ganancias de las mujeres y otros grupos en el mercado laboral en general y el mundo corporativo en particular.²⁹

En segundo lugar, la recesión ha tenido un impacto diferente sobre los distintos grupos. Entre las comunidades establecidas, existe evidencia de que los grupos étnicos minoritarios quedan desempleados más temprano en la recesión y salen más tarde del desempleo.³⁰ Los estudios de crisis anteriores revelan el impacto desproporcional del empleo de las mujeres en países en desarrollo, y este patrón se repite durante la crisis actual.³¹ En los países en desarrollo en particular, las mujeres son más propensas a participar del empleo ‘vulnerable’ o ‘precario’; es decir, trabajo informal, que no está protegido por las normas de protección del empleo aplicables a los trabajos de la economía formal. En los países industrializados, la historia es diferente, las mujeres que trabajan en el sector público son más vulnerables frente a las medidas de austeridad. Por ejemplo, la evidencia de EE.UU. y el Reino Unido sugiere que, luego de un periodo inicial al comienzo de la recesión actual, cuando la primera ola de pérdidas de empleo impactaron sobre el sector privado, las mujeres (y, en el Reino Unido, los grupos étnicos minoritarios), quienes son empleadas de forma desproporcional en el sector público, experimentan la segunda ola de

24 Sala de prensa de la OIT, Comentario y análisis, Weakening collective bargaining hurts recovery, 12 de septiembre de 2012, disponible en www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_189517/lang-en/index.htm, consultado el 27 de marzo de 2013.

25 Citado en T Hogarth, D Owen, L Gambin, C Hasluck, C Lyonette y B Casey, ‘The equality impacts of the current recession’, Warwick Institute for Employment Research, University of Warwick / Equality and Human Rights Commission Research Report 47, EHRC, 2009, 31.

26 Comunicado de prensa de la OIT acompañando el informe de la OIT de 2011 sobre la igualdad en el trabajo.

27 OIT, ‘Equality at work: The continuing challenge’, *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, OIT, 2011, par. 17–18.

28 *Ibid.*, par. 13–14.

29 ‘Recession Turns Heat up for Men’, Financial Times, 19 de abril de 2009.

30 Comisión de Igualdad y Derechos Humanos/ Oficina de Igualdad del Gobierno, Monitoring update on the impact of the recession on various demographic groups, diciembre de 2009, 23.

31 Véase *supra* nota 27, par. 18.

pérdida de empleo como resultado de los recortes del gasto en el sector público.³²

En tercer lugar, en cuanto al monitoreo y la ejecución: en el contexto de las medidas de austeridad, los presupuestos de administración laboral y servicios de inspección, al igual que los de los órganos especiales para luchar contra la discriminación y promover la igualdad, se ven en riesgo. Estos recortes pueden ‘amenazar la capacidad de las instituciones de afrontar lo que podría considerarse una de las peores consecuencias sociales de la crisis económica’.³³

¿En qué medida las opciones regulatorias y de políticas públicas para afrontar la desigualdad en el mercado laboral se ven alteradas en tiempos de crisis económica? ¿Cuál es la respuesta de las normas sobre igualdad y de las políticas públicas en tiempos de crisis económica a la luz de las justificaciones contrapuestas para la igualdad y la diversidad? ¿En qué medida los argumentos a favor de la igualdad y la diversidad deben ser contruidos y comprendidos de forma diferente en condiciones de crisis económica?

Una respuesta, como se vio por ejemplo en la UE, parte de la premisa de que los derechos y las normas laborales, particularmente, los derechos de igualdad, pueden ser un *input* para el crecimiento económico y la eficiencia en vez de ser una *carga* sobre el crecimiento y la prosperidad. Viviane Reding, Vicepresidente de la Comisión Europea y encargada de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, ha declarado que:

‘El argumento económico para incorporar más mujeres a la fuerza laboral y más mujeres a los puestos más altos en la UE es abrumador... Solo podemos alcanzar nuestros objetivos económicos y de empleo mediante la plena utilización de todos nuestros recursos humanos –tanto en el mercado laboral en su conjunto como en su cima. Esta es una parte esencial de nuestros planes para la recuperación económica’.

Este fue el punto de vista adoptado en el ámbito del informe de la Comisión Europea sobre los progresos alcanzados en 2011 en lo que respecta a la igualdad entre el hombre y la mujer, parte del informe de la Comisión sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.³⁴ El razonamiento (económico) aquí es que fomentar un mercado laboral favorable a la integración social y aumentar la participación de la fuerza de trabajo de grupos que habían sido previamente excluidos por discriminación ayudará en el cumplimiento de los objetivos del proyecto de integración de la UE, tales como el logro de un alto nivel de empleo y protección social, la mejora del nivel de vida y la calidad de vida, el logro de la cohesión económica y social, y la solidaridad.³⁵

Sin embargo, esta actitud positiva hacia el trabajo se contraponen fuertemente con el discurso (e incluso las acciones) de otras instituciones de la UE –incluso dentro de la misma Comisión Europea– como lo revelan las respuestas de la *Troika* (que incluyen la Comisión Europea) frente a la crisis de la eurozona.

La actitud positiva también choca con la modalidad de los gobiernos de los Estados Miembros de la EU, aun cuando no son sujetos a demandas de desregular el mercado laboral como condición para la asistencia financiera. Otros Estados no adoptan una perspectiva tan benigna hacia los derechos laborales, mucho menos derechos de igualdad. En el contexto del Reino Unido, el gobierno de la coalición conservadora-liberal demócrata (mayo de 2011 hasta la fecha) ha iniciado un control del derecho laboral y del empleo, una característica clave de un empuje para reducir la burocracia, es decir, regulaciones percibidas como interferencias exógenas con la flexibilidad comercial y del mercado laboral.³⁶ Los derechos de igualdad no son inmunes a este sacrificio de los derechos laborales, en este deseo de reducir la ‘carga’ sobre las empresas. Por ejemplo, la *Equality Act* [Ley de Igualdad] de 2010, redactada y promulgada por el gobierno del partido laborista, entró en vigencia en el mismo momento en que había llegado al poder el nuevo gobierno de coalición. El gobierno de coalición se negó a promulgar ciertos artículos de esta ley y, en abril de 2011, abolió un requisito contenido en la ley que imponía sobre los órganos públicos el deber de realizar ‘evaluaciones de impacto sobre la igualdad’ para analizar los efectos posibles o reales de una política pública propuesta en cuanto a grupos de

32 Eileen Appelbaum, ‘Women’s Employment in Recession and Recovery’ Center for Economic and Policy Research, disponible en www.cepr.net visto el 27 de marzo de 2013; Hogarth y otros, véase *supra* nota 25.

33 Véase *supra* nota 27, par. 40.

34 CE, Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, Bruselas, 16.4.2012 COM(2012) 169 final.

35 Véase Preámbulo de la Directiva Marco, Directiva 2000/78 Consejo Directivo 2000/78, donde se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en la religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual), Official Journal L 303, 2 de diciembre de 2000, 16–22.

36 Departamento de Hacienda de Su Majestad para la Innovación Empresarial y de Destrezas, The Plan for Growth, marzo de 2011, disponible en http://cdn.hm-treasury.gov.uk/2011budget_growth.pdf consultado el 27 de marzo de 2013.

discapacitados, minorías étnicas, de género, religiosas, de edad, transexuales y maternidad.

Una modalidad contraria consta de basarse en las leyes de igualdad para impugnar las políticas económicas del gobierno; bajo esta modalidad se argumenta que las medidas de austeridad tienen un impacto particularmente adverso sobre la experiencia de las mujeres en el mercado laboral, o sobre otros grupos minoritarios (étnicos) desaventajados. En el Reino Unido, la *Race Relations Act* [Ley de Relaciones Raciales] (Enmendada) de 2000 introdujo el deber legal de promover la igualdad racial, es decir, de dar pasos proactivos para eliminar la discriminación racial ilegal, promover la igualdad de oportunidades y promover las buenas relaciones entre las personas de diferentes grupos raciales. Posteriormente se introdujeron en líneas similares los derechos de igualdad del sector público que cubren la discapacidad y el género. La *Equality Act* de 2010 reemplazó estos deberes específicos con un único deber nuevo de cubrir raza, género, discapacidad, orientación sexual, religión o creencia, edad, reasignación de género, embarazo y maternidad. En 2010, la *Fawcett Society*, una ONG que aboga y defiende la igualdad salarial y la igualdad entre el hombre y la mujer, pidió la revisión judicial de las medidas de austeridad del nuevo gobierno de coalición, impugnando el presupuesto de emergencia de 2010 bajo el argumento de que tendría un efecto desproporcionalmente negativo sobre las mujeres.³⁷ La pretensión era que el gobierno se encontraba en incumplimiento de sus obligaciones de realizar una 'evaluación del impacto sobre los géneros' para determinar si su presupuesto reduciría o incrementaría la desigualdad entre hombres y mujeres, dado que el 72% de los recortes del sector público provendría de los salarios de las mujeres, al igual que lo harían 6 de los 8 mil millones de libras ahorradas en un año. Más específicamente, el razonamiento subyacente a este uso de la ley de igualdad para impugnar el impacto sobre los géneros de la CFG es el siguiente:

'Esta austeridad presupuestaria claramente es posible gracias a que el empleador es el estado. Además del impacto directo de estas medidas sobre los empleados del sector público, de los cuales la mayoría son mujeres, se han congelado los beneficios de bienestar infantil, las subvenciones por maternidad de Sure Start se han limitado a un hijo y se redujeron en gran medida los créditos fiscales por hijo. Women's Budget Group publicó un análisis del presupuesto de emergencia y destacó lo siguiente: 'Las madres con bajos ingresos, quiénes son las gerentes y amortiguadoras de la pobreza, estarán entre las personas que más salen perdiendo. Las mujeres de color o de grupos étnicos minoritarios serán particularmente afectadas, dado que el 40% de ellas vive en hogares pobres'.³⁸

La petición de revisión judicial no prosperó debido, como se ha sostenido, a que 'el fuerte argumento a favor de la revisión judicial [había sido] eclipsado por el deseo de mantener la estabilidad política frente a la crisis económica'.³⁹

El uso de normas de derechos humanos en momentos de crisis

Además del discurso sobre la igualdad, los derechos (humanos) fundamentales también pueden servir como medios para impugnar reformas que buscan restringir los derechos laborales y sociales.

Un conjunto de observaciones sobre el rol de los derechos humanos en los mercados laborales, realizadas justo antes del surgimiento de la actual CFG,⁴⁰ ha resonado tras las secuelas de la crisis. Se puede argumentar que la política económica neoliberal ha debilitado al estado benefactor en aquellos países industrializados que habían desarrollado instituciones de ciudadanía social para 'suavizar' el impacto del mercado sobre los trabajadores. Las leyes que protegían y promovían a los sindicatos, por ejemplo, han sido debilitadas a medida que se rediseña la economía. Dado el declive de los vehículos tradicionales para los derechos sociales, como el estado benefactor y las negociaciones colectivas, podría decirse que 'los mecanismos legales y constitucionales se están usando cada vez más para

37 Fawcett Society, Comunicado de Prensa 'Fawcett Launches Legal Challenge to Government Budget', 1 de agosto de 2010, disponible en www.fawcettsociety.org.uk/index.asp?PageID=1165 consultado el 27 de marzo de 2013.

38 Hazel Conley, 'Using Equality to Challenge Austerity: New Actors, Old Problems' (2012) *Work, Employment and Society*, 349-359, 354.

39 *Ibid.*, 357.

40 Véase Judy Fudge, 'The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights?' (2007), *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 29-66.

presentar reclamos sociales'.⁴¹ Esto, a su vez, ha dado lugar a un nuevo discurso sobre los derechos laborales y sobre la relación entre los derechos sociales y el mercado.⁴²

Jamás se asemejan las versiones de los diferentes analistas sobre la evolución del cambio en los derechos laborales como derechos humanos.⁴³ Pero un buen punto de partida es la taxonomía desarrollada por Marshall de una clasificación de tres niveles de los derechos de la 'ciudadanía' en tres generaciones: civil –la libertad de la persona, la libertad de palabra, pensamiento y fe, el derecho a la propiedad–; político –el derecho a participar en el ejercicio del poder político–; y social o socio-económico; donde el último parece ser un modo de demostrar la validez de los reclamos de los trabajadores.⁴⁴ Tradicionalmente, la era posterior a la guerra en los países industrializados había atestiguado sobre la implementación de los derechos sociales por vía de decisiones colectivas tomadas por una maquinaria política de un estado respecto de la asignación de recursos disponibles.

Más recientemente, la comunidad internacional se ha concentrado en el grupo identificable de 'estándares laborales principales' que, dado el discurso de la 'indivisibilidad' de los derechos humanos, sugeriría que los derechos socio-económicos podrían ser justiciables. Estos derechos sociales 'principales' se encuentran sobre todo en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 de la OIT. La Carta de Derechos Fundamentales de 2000 de la UE también es un ejemplo prominente de la caracterización de los derechos laborales como derechos fundamentales a nivel internacional y supranacional.⁴⁵

Tomando a la UE como caso de estudio, parecería que las normas de derechos humanos desarrolladas fuera del marco de la UE –por ejemplo, la Carta Social Europea del Consejo de Europa y los estándares internacionales laborales de la OIT– pueden ser un baluarte más eficaz contra las medidas de austeridad dentro de la UE que los instrumentos 'caseros' de derechos humanos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En años recientes se ha recurrido a la Carta Social Europea para responder a las medidas de austeridad, la condicionalidad de los derechos laborales y los mecanismos de estabilización que surgieron a partir de la crisis de la eurozona.⁴⁶

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el principal órgano de supervisión de la aplicación de la Carta Social Europea (revisada) del Consejo de Europa, ha examinado recientemente cinco quejas contra Grecia bajo el 'procedimiento de quejas colectivas' de la CSE respecto de importantes reducciones en los derechos de pensión y empleo impuestos tanto en el sector privado como público. Las reformas, que en parte permitieron la extensión de un 'periodo de prueba' durante el cual los trabajadores podían ser despedidos sin notificación hasta el año, y los salarios básicos de las personas menores a 25 años podían ser reducidos hasta en un tercio del valor del salario mínimo, estuvieron dirigidas a recortar los costos de los empleadores griegos afectados por la CFG. La CEDS sostuvo, en Octubre de 2012, que las reformas eran contrarias a la Carta Social Europea y violaban los derechos de los trabajadores, particularmente, el Artículo 4 de la Carta Social Europea, el cual requiere que los trabajadores reciban un aviso 'razonable' antes de la terminación de su empleo.⁴⁷

41 Simon Deakin, 'Social Rights in a Globalized Economy' en Philip Alston (ed.) *Labour Rights as Human Rights* (OUP 2005) 51–52.

42 Véase *supra* nota 40.

43 Tonia Novitz y Colin Fenwick, 'The Application of Human Rights Discourse to Labour Relations: Translation of Theory into Practice' en T Novitz y C Fenwick (ed.) *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation* (Hart 2010).

44 T H Marshall, *Class, Citizenship And Social Development: Essays* By T H Marshall (Doubleday 1964).

45 Véase nota 40 *supra*, 30.

46 Por ejemplo: Queja No. 66/2011 *Federación General de los empleados de la empresa nacional de energía eléctrica (GENOP-DEI) / Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos Griegos (ADEDY) c. Grecia*; Queja No. 65/2011 *Federación General de los empleados de la empresa nacional de energía eléctrica (GENOP-DEI) / Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos Griegos (ADEDY) c. Grecia*; Queja No. 76/2012 *Federación de pensionistas ocupados de Grecia c. Grecia*; Queja No 77/2012 *Federación panhelénica de pensionistas del servicio público c. Grecia*; Queja No 78/2012 *Pensionistas del sindicato de los ferrocarriles eléctricos de Atenas-Pireo c. Grecia*. Véase Claire Kilpatrick, 'Can Fundamental Rights Resocialize Europe?' artículo presentado en la conferencia sobre 'Resocializing Europe and the Mutualization of Risks to Workers' 18–19 de mayo de 2012, University College London.

47 La decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso *GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia*, Queja No. 66/2011 fue publicado el 19 de octubre de 2012. En este caso, registrado el 21 de febrero de 2011, los sindicatos actores alegaban que Grecia había violado el Artículo 1 (derecho a trabajar), 4 (derecho a una remuneración justa), 7 (derecho a la protección de los niños y jóvenes), 10 (derecho a la capacitación vocacional) y 12 (derecho a la seguridad social) de la Carta Social Europea. En la decisión sobre el fondo, el Comité llegó a las siguientes conclusiones unánimes: no se había violado el Art. 1, inc. 1, Art. 7 inc. 2 y 9 de la Carta de 1961; sí se había violado el Art. 7 inc. 7, Art. 10 inc. 2, Art. 12 inc. 3, Art. 4 inc. 1 de la Carta de 1961 a la luz de la cláusula de no discriminación del Preámbulo de la Carta de 1961.

Conclusión

La CFG tuvo un impacto devastador sobre los mercados laborales a nivel global, y sobre el sustento y los ingresos de los trabajadores comunes. Según la OIT, en 2011, había aproximadamente 456 millones de trabajadores en todo el mundo que vivían por debajo de los US\$1,25 por día que marcan la línea de la pobreza.⁴⁸ Si bien ha habido un declive en la pobreza de las personas trabajadoras (una reducción de 233 millones desde 2000 y 38 millones desde 2007), ha habido un marcado atraso en progreso desde 2008, con 50 millones de trabajadores pobres en 2011, de lo que se había proyectado en base a las tendencias posteriores a la crisis.⁴⁹

Las instituciones del mercado laboral –leyes de protección del empleo y de los sistemas de relaciones laborales, estados de bienestar establecidos en los países industrializados, o sistemas incipientes de la asistencia social en los países en desarrollo– que podría haber servido para proteger a los trabajadores de algunos de los efectos más duros de la crisis, han luchado para afrontar el reto y, en algunos casos, han sido blanco visible de las medidas de austeridad. No obstante, sigue habiendo muchas voces –a saber, la OIT, los sindicatos y las organizaciones de trabajadores, y las partes de la Comisión Europea responsables de la legislación laboral y los derechos humanos– argumentando a favor de la legislación laboral y los derechos sociales como un elemento esencial de la gobernabilidad económica y política, aún más necesaria en tiempos de crisis económica.

48 OIT, Key Indicators of the Labour Market (KILM) 7ª Edición, 14 de octubre de 2011: este informe bianual abarca 18 indicadores sobre el empleo y el trabajo decente con los últimos datos disponibles para más de 200 países, áreas o las economías de todo el mundo.

49 OIT, Global Employment Trends 2012: Preventing a deeper jobs crisis, Ginebra 2012, en 42.

Capítulo 9

Respuesta a las Causas Subyacentes de la Crisis: Por Qué el Trabajo no Debería Pagar

Shelley Marshall¹

Introducción

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula que luego de tres años de condiciones de crisis continua en los mercados laborales internacionales y frente a la perspectiva de un mayor deterioro de la actividad económica, hay un atraso de desempleo mundial de 200 millones.² Gracias a la crisis, hay un adicional de 27 millones de personas desempleadas en la economía global.³ El panorama para la creación de empleo global ha ido empeorando. La proyección de referencia de la OIT no muestra ningún cambio en la tasa de desempleo mundial de aquí a 2016. A la luz de estas condiciones de empleo, parece lógico llevar a cabo medidas en el plano nacional e internacional para aliviar las consecuencias de la crisis para los trabajadores. En cambio, las medidas de austeridad implementadas particularmente en Europa están aumentando la carga de la crisis en lo laboral.

La actual GFC puede ser concebida como una crisis de tres etapas. La primera etapa fue la conmoción inicial, que comenzó en EE.UU. y se extendió rápidamente gracias a la interconexión de los mercados financieros. Esto fue afrontado con el estímulo fiscal y monetario coordinado en muchos países de todo el mundo. En algunos casos, hasta el 90 por ciento del gasto público adicional fue destinado al rescate de los bancos.⁴ En la segunda etapa, el aumento de los déficits públicos y los problemas de la deuda soberana –especialmente en Europa– condujo un aumento de las medidas de austeridad en un esfuerzo por mantener a flote los mercados de capitales. Los estímulos fiscales comenzaron a disminuir, y las economías avanzadas se concentraron en las políticas monetarias de flexibilización cuantitativa. El impacto combinado parece haber sido un debilitamiento tanto del crecimiento del PBI como del empleo. La tercera etapa podría ser concebida como una crisis del mercado de trabajo. Aunque el crecimiento se ha producido en muchos países, el desempleo subsiste. Los desequilibrios del mercado laboral son cada vez más estructurales, y por lo tanto, más difíciles de erradicar. Esto se asocia con un mayor riesgo de una segunda caída del crecimiento, lo que intensifica la aflicción del mercado laboral que se ha agravado desde el inicio de la crisis. En esta tercera etapa de la crisis, el espacio político se ha restringido muchísimo, por lo que es difícil detener, o incluso enlentecer, un mayor debilitamiento de las condiciones económicas. Las débiles condiciones económicas de Europa

1 Shelley Marshall, Monash University.

2 OIT, 'Global Employment Trends 2012' (Ginebra, OIT 2012), 9.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*, 12.

y EE.UU. están ejerciendo presión sobre las economías de todo el mundo, y amenazando los logros alcanzados en los países en desarrollo en las últimas décadas en cuanto a la reducción de la pobreza.

En este capítulo se formulan tres argumentos. El primero es que el trabajo se está llevando erróneamente la responsabilidad de la crisis de la deuda. Existen numerosas explicaciones de la crisis financiera liderada por Estados Unidos en 2007 y para la crisis de la deuda soberana de 2009/10 en Europa. Ninguno se centra en el trabajo como la causa. Sin embargo, el trabajo ha sido blanco de las medidas de austeridad que tienen como objetivo reequilibrar los presupuestos nacionales y reducir la deuda. El segundo argumento es que, dado que la desigualdad es vista por algunos como una de las causas de la crisis, y el aumento de la desigualdad ha sido sin duda un resultado de la crisis, deberían ponerse en marcha medidas para aumentar la igualdad. El derecho laboral es una herramienta importante para la reducción de la desigualdad, y con un diseño adecuado, esta reducción se puede producir de una manera reflexiva y sensible. En lugar de utilizar el derecho laboral para este fin, las condicionalidades asociadas actualmente con los rescates de la UE exigen una mayor flexibilidad del mercado laboral usando herramientas contundentes, junto con duras medidas de austeridad, que son susceptibles de intensificar el desempleo y la desigualdad a largo plazo en lugar de reducirlo. El tercer argumento es que el motivo por el que se prioriza la austeridad por sobre otras opciones de políticas públicas se debe al dominio de los mercados financieros. Muchas políticas públicas de hoy se concentran en “restaurar la confianza en los mercados”, sin embargo, como comentó recientemente Wolfgang Streeck, resulta ahora imposible recuperar la confianza de los mercados financieros y de la mayoría de los ciudadanos al mismo tiempo.⁵ Hasta tanto las naciones sean menos dominadas por los intereses financieros, parece probable que el trabajo continúe llevando el peso de una crisis por la que no es responsable. Si tenían razón los analistas que sostuvieron que la desigualdad es una de las causas de la crisis, las tendencias actuales indicarían que es probable que haya inestabilidad continua en el futuro.

El argumento se presenta en una serie de etapas. La Parte 1 de este capítulo estudia los puntos de vista contrastantes sobre las causas de la crisis financiera estadounidense de 2007 y la crisis de la deuda soberana europea de 2009/10. La Parte 2 presenta datos sobre los efectos de la crisis sobre el trabajo. Demuestra que la desigualdad ha aumentado, aunque la riqueza del quintil superior se redujo por pérdidas en el mercado financiero. El desempleo y el trabajo informal también han aumentado de forma espectacular. La Parte 3 analiza brevemente qué rol podría desempeñar el derecho laboral en la promoción de la igualdad, el crecimiento del empleo y un cambio del mercado laboral informal al formal. La Parte 4 concluye examinando por qué estas herramientas no están siendo empleadas por los Estados-naciones a raíz de la crisis, y por qué se han preferido otras medidas.

Parte 1: Las causas de las crisis financieras de 2007 y 2009/10

La re-globalización de los mercados de capitales desde los años 1970 ha sido dolorosa, acribillada por crisis periódicas que abarcan a veces una multitud de países. Estos incluyen la crisis de la inflación de la década de 1970, las crisis de la deuda pública de los años 1980, las crisis de deuda privada de la década de 1990 y principios de 2000, finalmente explotando en la crisis de la deuda privada de EE.UU. de 2008 y culminando en la crisis europea de la deuda soberana de 2010.⁶ Las explicaciones de las crisis varían, y las diferentes interpretaciones de las causas de las crisis conducen a diferentes prescripciones de políticas públicas con respecto a cómo levantar una economía nacional de la crisis. Esta sección examina varias explicaciones para la actual crisis financiera.

Ciertas nuevas dimensiones desempeñaron un papel importante en la gravedad y globalidad de la actual crisis, en comparación con crisis previas, en particular con respecto a su transmisión y amplificación. Aunque la crisis no es inusual por haber sido precedida por la liberalización financiera, el alcance de la liberalización financiera y el fracaso de la regulación financiera es particularmente crudo. La tendencia principal que precedió a la crisis fue la expansión del sector financiero, junto con el uso generalizado de instrumentos financieros complejos y opacos. Este factor podría ser responsable no solo del quiebre, sino también del carácter extraordinario de la actual recesión en

⁵ W Streeck, ‘Markets and Peoples: Democratic Capitalism and European Integration’ (2012) *New Left Review*, 62.

⁶ *Ibid.*, 64.

EE.UU. y Europa. Con el tiempo, los mercados financieros crecieron cada vez más en relación a la economía no financiera. Los productos financieros importantes se volvieron más complejos, opacos y con poca liquidez, y el apalancamiento de todo el sistema explotó.⁷ A mediados de 2008, el *Bank of International Settlements* con sede en Basilea estimó que los derivados pendientes globales alcanzaron US\$1,14 mil billones: US\$548 billones en derivados de crédito enumerados y más de US\$596 billones en derivados noionales/OTC (de venta libre).⁸ En comparación, el PBI de todos los países del mundo fue solo US\$60 billones.⁹ Los mismos instrumentos financieros derivados destinados a cubrir el riesgo se convirtieron en fuentes de volatilidad.

La interconexión entre los mercados financieros, a nivel nacional e internacional, con EE.UU. en el centro, había aumentado en un corto período de tiempo antes de la crisis.¹⁰ La apertura de las cuentas de capital y reformas en el mercado financiero condujeron a un aumento masivo de posiciones brutas transfronterizas, especialmente entre los países de la OCDE. El sector inmobiliario también desempeñó un papel central. La mayoría de los episodios anteriores de tensión financiera provenía al menos parcialmente de los problemas con los préstamos estatales (p. ej., la crisis de la deuda latinoamericana de la década de 1980) o del sector empresarial (p. ej., la crisis asiática). Sin embargo, la crisis estadounidense de 2007 se originó en gran parte de los inmuebles sobreendeadados, en particular con respecto a los préstamos hipotecarios de alto riesgo. Estos nuevos elementos se combinaron para crear ventas masivas sin precedentes en el otoño de 2008 y dieron lugar a la CFG.

La evidencia muestra que a las crisis pasadas a menudo las siguieron ampliaciones de crédito, provocadas por la liberalización financiera, que carecían de reformas regulatorias y prudenciales necesarias para controlar la liberalización. También se ha culpado de las crisis anteriores a la mala secuenciación de las reformas regulatorias.¹¹ Lo que es inusual acerca de la crisis actual es la ruptura de la eficacia de los reguladores financieros debido a la competencia jurisdiccional malsana entre distintos organismos de supervisión en algunos países. Los conflictos de intereses por las agencias de calificación, que fueron invocadas por las agencias estatales y los inversores privados también exacerbaron los problemas.¹² En otros aspectos, la crisis era como las demás. En años recientes, los salarios relativos en el sector financiero (después de controlar la educación, la experiencia y otros factores determinantes habituales) fueron inusualmente altos—tan altos como habían sido únicamente en los años 1930.¹³ El patrón exuberante de precios de los activos en EE.UU. y otros países avanzados con anterioridad a la crisis actual es una reminiscencia de los observados en anteriores episodios de crisis financieras en el período de la pos-guerra. Sin embargo, el auge de los precios inmobiliarios en Estados Unidos antes de la crisis actual fue inusual, tanto en su intensidad como en su duración.¹⁴ El auge de los precios inmobiliarios fue en parte impulsado por bajas tasas de interés (a corto y largo plazo) que resultan de la abundante liquidez global y la gran demanda de activos seguros. La fijación de precios de los instrumentos derivados se basó a menudo en una continuación del aumento de los precios inmobiliarios que facilitaron la refinanciación de las hipotecas subyacentes.

Los gobiernos de todo el mundo respondieron a la crisis financiera con los paquetes de estímulo y rescates masivos de los bancos, con grandes cantidades de dinero de los contribuyentes. El importe total del estímulo en el G-20 se calculó en aproximadamente US\$692 mil millones para el 2009, que representaba casi el 1,4 por ciento de su PBI combinado y poco más del 1,1 por ciento del PBI global.¹⁵

7 J Crotty 'Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the "new financial architecture" (Essay)' (2009) Cambridge Journal of Economics.

8 Los "derivados" son productos financieros con un valor que se deriva de un activo subyacente o un conjunto de activos; los que algunos llaman "apuestas sobre apuestas".

9 V Popov, 'Why Transition Economies Did Worse than Others in 2008-09 Recession' 1 de marzo de 2011, disponible en: dx.doi.org/10.2139/ssrn.1893789 consultado el 23 de octubre de 2012.

10 S Claessens, M A Köse y M E Terrones 'The Global Financial Crisis: How Similar? How Different? How Costly?' (2010) documento de trabajo no. 1011, marzo de 2010, serie de documentos de trabajo de Tüsiad-koç University Economic Research Forum.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*; véase Crotty 2009 (*supra* nota 7), para una descripción detallada de los defectos estructurales clave de las instituciones y las prácticas financieras de la era neoliberal que ayudó a generar la crisis actual.

13 *Ibid.* 9, 6

14 Véase *supra* nota 10.

15 Para un cuadro comparativo del gasto de 2009 véase www.brookings.edu/~media/Research/Files/Articles/2009/3/g20%20stimulus%20prasad/03_g20_stimulus_prasad_table.PDF, consultado el 27 de marzo de 2013.

Estos rescates y paquetes de estímulo generaron una enorme deuda para muchos países. Esta deuda muchas veces fue financiada con la compra de bonos. Entre 2009 y 2010, los mercados internacionales de bonos empezaron a descontar los crecientes riesgos asociados a la deuda de Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y España (GIIPS). Los mercados de bonos requerían tasas de interés cada vez más altas para comprar la deuda. Con el tiempo, estas tasas de interés alcanzaron niveles tan altos que ya no eran sostenibles. Los gobiernos en cuestión se vieron obligados a buscar el apoyo de la UE y el FMI. Estas organizaciones respondieron, pero condicionaron su apoyo a duros programas de austeridad que permitían a estos países equilibrar sus presupuestos. Según los acuerdos de la UE, los países GIIPS no pueden hacer frente a estos problemas mediante la devaluación de sus monedas (el valor del euro se determina a nivel de la zona euro, no a nivel nacional) y tienen pocas herramientas alternativas para renovar el crecimiento económico. Los mercados financieros internacionales no están dispuestos a hacerles préstamos, excepto a muy altas tasas de interés, porque dudan de su capacidad para producir el crecimiento económico necesario para pagar los préstamos. En cambio, los GIIPS se ven obligados a recurrir a estrategias de “devaluación interna” dirigidas a reducir los precios relativos a otros países, con el fin de hacerse más competitivos e impulsar el crecimiento.

Excepto en el caso de Grecia, no se concibe al déficit fiscal como una consecuencia del gasto excesivo del estado benefactor ni como un exceso de regulación del mercado laboral en los países más afectados por la crisis. Esto plantea la pregunta, entonces, de por qué la forma favorecida para salir de la crisis es la reducción del estado benefactor y la eliminación del piso de los derechos sociales.¹⁶ No puede justificarse sobre la base de factores que se entienden que han causado la crisis. La respuesta parece radicar en la dinámica de la economía política en lugar de un análisis de políticas sólido basado en las explicaciones de la crisis y la recesión posterior.¹⁷

Explicaciones de la crisis sobre la base de la desigualdad de ingresos

Varios analistas culpan a la creciente desigualdad y la disminución de la participación del trabajo en el PBI de las diversas decisiones de políticas públicas que alimentaron la crisis. En su libro *Fault Lines*, de 2010, el ex economista en jefe del FMI y autor, Raghuram Rajan, argumentó que el aumento de la desigualdad en las últimas tres décadas condujo a la presión política para la redistribución.¹⁸ Por razones de conveniencia política, esta redistribución se llevó adelante en la forma de subsidios para el financiamiento hipotecario en lugar de aumentos en los salarios reales u otras transferencias. Los hogares de bajos ingresos, que de otro modo no hubieran calificado, recibieron un mejor acceso al financiamiento hipotecario. El auge de los préstamos resultante creó una enorme subida de los precios inmobiliarios y activó el consumo para mantenerse por encima de los ingresos estancados. El auge se invirtió en 2007, desembocando en la crisis bancaria de 2008. Otros analistas se han manifestado a favor de esta tesis. El Laureado del Premio Nobel Joseph Stiglitz sostiene que la desigualdad ha llevado a una concentración de poder en manos de unos pocos.¹⁹ Esta poderosa minoría utiliza su influencia para obtener ganancias a costa de la mayoría, a través de la “búsqueda de rentas”. La concentración de poder en manos privadas puede ser tan perjudicial para el funcionamiento de los mercados como la excesiva regulación y el control político. Fue esta concentración de poder que dio lugar a la reforma de las regulaciones financieras de manera tal de permitir la inversión imprudente y la creación de burbujas de activos.

Otra tesis es que la creciente desigualdad contribuyó a la crisis dando lugar a un consumo insostenible y deuda en los hogares cuya renta disponible fue cayendo o creciendo lentamente. La OCDE señala que la creciente desigualdad era una tendencia común en las economías avanzadas entre mediados de los años 1980 y fines de los años 2000.²⁰ La proporción del ingreso nacional de los laboristas ha caído en la mayoría de las principales economías avanzadas en los últimos 20 años,

16 S Deakin, 'The Sovereign Debt Crisis and European Labour Law' (2012b) *Industrial Law Journal* 41, 251–253.

17 K Armingeon y L Baccaro, 'Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation' (2012) *Industrial Law Journal* 41, 254.

18 R Rajan, *Fault Lines* (Princeton University Press 2010).

19 J Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future* (WW Norton, 2012).

20 OCDE, 'Growing Income Inequality in OECD Countries: What Drives and How Can Policy Tackle It?' Forum 2011.

aproximadamente.²¹ Aunque en algunos países, como por ejemplo, China, India y Brasil, el consumo se incrementó gracias al crecimiento sostenido de los ingresos en los hogares y el ahorro, en EE.UU. y en otros lugares, lo hizo gracias al crecimiento de la deuda de los hogares.²²

Este aumento de la desigualdad fue acompañado por un desacoplamiento de los beneficios y las inversiones, como proporción del PBI. En EE.UU. desde la década de 1980, por ejemplo, la inversión privada no residencial ha ido en disminución mientras que las ganancias han ido en aumento (con una tendencia opuesta en 2003). Las empresas no han ido reinvertiendo las ganancias en la misma proporción, como ocurrió en el período de la pos-guerra. En 2006, el año antes de la caída, la proporción de ganancias registrada como porcentaje del PBI fue más de cuatro veces la inversión no residencial.²³ En vez de ser invertidos, se especula que los beneficios se pagaron a las personas con los mayores ingresos en forma de rentas de capital, tales como acciones. Esto contribuyó a la desigualdad, con un aumento de la riqueza del quintil superior a un ritmo mucho más alto que otros quintiles.

En contra de esta tesis, hay quienes sostienen que el aumento de la desigualdad y las políticas pro-empresariales que dieron lugar a la desregulación de la industria financiera puede haber sido una reacción a la ralentización de la actividad económica, y no su causa.²⁴ Los estudios empíricos también arrojan dudas sobre las tesis de que la desigualdad causa de crisis. Michael Bordo y Christopher Meissner²⁵ utilizaron datos de 14 países avanzados entre 1920 y 2000 para probar la hipótesis de que la desigualdad provoca crisis. Encuentran muy poca evidencia que vincula a los auges de crédito y las crisis financieras con la creciente desigualdad. Bordo y Meissner concluyen que, mientras que la desigualdad a menudo asciende en la fase expansiva del ciclo económico, este factor no parece ser un determinante importante del crecimiento del crédito una vez que se condiciona con otros agregados macroeconómicos.

En esta parte del trabajo se ha encontrado que existe un amplio consenso de que la crisis fue en gran parte causada por la liberalización financiera, la expansión de los mercados financieros en las áreas que previamente no participaban del mercado, el uso de instrumentos cada vez más complejos y arriesgados, y el fracaso de la regulación financiera. La evidencia sobre si la desigualdad es una causa de la crisis es mixta. Independientemente de las causas de la crisis, es evidente que la crisis y la recesión posterior han tenido graves consecuencias para el trabajo. La evidencia sobre el efecto de la crisis y la recesión laboral se presenta en la siguiente sección.

Parte 2: El efecto de la crisis sobre el trabajo

Esta parte del artículo muestra que la crisis ha tenido graves consecuencias para los trabajadores de todo el mundo. El desempleo ha crecido de forma espectacular, sobre todo entre los más jóvenes y los trabajadores poco cualificados. El trabajo precario e informal ha aumentado, dejando a los trabajadores más vulnerables frente a las crisis económicas. A nivel mundial, la convergencia entre los países pobres y los países ricos se ha ralentizado. Aunque el crecimiento y la reducción de la pobreza han continuado a un ritmo acelerado en Asia, a otras partes del mundo no les ha ido tan bien. Hay indicios de que las economías de Asia ahora podrían estar frenándose, mientras los efectos del estímulo desaparecen y la lenta economía mundial impacta negativamente sobre el crecimiento.

El desempleo aumenta y disminuye la participación en la fuerza laboral

La OIT ha expresado su alarma por la magnitud del desempleo después de tres años de condiciones de crisis: estima que hay 200 millones de personas desempleadas a nivel global, representando un aumento de 27 millones desde el inicio de la crisis. El número de desempleados en el mundo aumentó en 5,8 millones en 2008 y luego aumentó en más de 21 millones en 2009, una tasa de incremento del

21 M Florio, 'The Real Roots of the Great Recession' (2011) *International Journal of Political Economy* 40, 5–30.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 D Ben-Ami, 'Inequality a symptom not a cause' (2012) *Fund Strategy* 24.

25 M Bordo y C Meissner, 'Does Inequality Lead to a Financial Crisis?' (próximamente) *Journal of International Money and Finance*.

5,5 por ciento al 6,2 por ciento.²⁶

El panorama para la creación de empleo global está empeorando en lugar de mejorar. De acuerdo con las proyecciones de referencia de la OIT, es probable que no haya ningún cambio en la tasa de desempleo mundial de aquí a 2016, lo que sugiere que se mantendrá en el seis por ciento de la fuerza laboral mundial. Esto llevaría a la adición de tres millones de desempleados más en todo el mundo en 2012, para un total de 200 millones, elevándose a 206 millones en 2016. Si los riesgos se sobreestiman y el crecimiento mundial cae por debajo del dos por ciento en 2012, el desempleo mundial podría aumentar más rápidamente por encima de 204 millones en 2012, al menos, cuatro millones más que en el escenario de referencia, con un incremento adicional de 209 millones en 2013, seis millones más que en el escenario de referencia.²⁷

Una de las razones por la cual la tasa de desempleo mundial sigue en aumento es que el desempleo es un “indicador retardado”. Cuando hay una recesión económica, por lo general transcurren varios meses antes de que la tasa de desempleo comience a subir. Una vez que la economía empieza a recuperarse de nuevo, los empleadores por lo general se mantienen cautelosos sobre la contratación de nuevo personal y pueden transcurrir varios meses antes de que las tasas de desempleo comiencen a caer.

La tasa de desempleo varía considerablemente de un país a otro, y entre regiones. En la crisis de la deuda europea actual, los países que han conservado el empleo incluyen Austria, Alemania y Holanda. Por el contrario, Estonia, Irlanda, Letonia y España han experimentado la pérdida de empleo extrema. El mercado español ha sido uno de los más afectados por la crisis europea: en diciembre de 2009, el desempleo aumentó a casi el 20 por ciento.²⁸ En marzo de 2012, el Eurostat mostró que las tasas de desempleo más bajas se registraron en Austria (4 por ciento), Holanda (cinco por ciento), Luxemburgo (5,2 por ciento) y Alemania (5,6 por ciento), mientras las más altas se registraron en España (24,1 por ciento) y Grecia (21,7 por ciento en enero).²⁹ Actualmente, alrededor del 35 por ciento de todos los demandantes de empleo en las economías desarrolladas y la Unión Europea han estado sin trabajo durante 12 meses o más.³⁰ Cuanto más tiempo se está desempleado, más difícil es conseguir empleo. Las cualificaciones y habilidades se erosionan con el tiempo, haciendo más difícil para las empresas encontrar a las personas adecuadas. Esto constituye un importante desafío de políticas públicas para la reducción del desempleo. La reactivación de los trabajadores desempleados e inactivos a largo plazo implica considerables costos fiscales, y es difícil de lograr.

Cuando las personas han estado sin trabajo durante mucho tiempo, a menudo dejan de buscar trabajo y de participar de la fuerza de trabajo, creando una brecha entre las cifras de desempleo y las cifras de participación laboral. En muchos países no existe evidencia de un deterioro acelerado de la participación en la fuerza laboral. La OIT estima que en los cinco años desde 2002 a 2007, la tasa de participación en la fuerza laboral mundial se redujo de 65,1 por ciento a 64,8 por ciento, una caída de 0,3 puntos porcentuales. En los cuatro años desde 2007 a 2011, la tasa se redujo a 64,1 por ciento, una caída de 0,7 puntos porcentuales. El ritmo de disminución de la participación en la fuerza laboral a nivel mundial desde el año 2007 ha sido dos veces y media mayor que en los cinco años previos a la crisis.³¹ En el mundo en su conjunto, había casi 29 millones de personas menos en la fuerza laboral en 2011 de lo esperado en base a las tendencias anteriores a la crisis.³²

Las dimensiones de edad en el desempleo

El desempleo no es experimentado por igual en toda la población. En general, durante la crisis, el desempleo afecta en mayor medida a los jóvenes y los trabajadores poco cualificados. A nivel global, los jóvenes tienen casi tres veces más probabilidades que los adultos de estar desempleados. Hay varias razones para el elevado desempleo juvenil. Esto puede reflejar en parte el principio de que el último

26 Véase *supra* nota 2, 31.

27 *Ibid.*

28 W Vaughan, *Work Inequalities in the Crisis: Evidence from Europe* (Ginebra, OIT 2011), 5.

29 http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Unemployment_statistics, consultado el 27 de marzo de 2013.

30 Véase *supra* nota 2, 47.

31 *Ibid.*, 33.

32 *Ibid.*, 34.

en entrar es el primero en salir –el “principio de antigüedad”– que se ha aplicado en general por los empleadores en sus esfuerzos por reducir parte de su fuerza de trabajo durante las recesiones. En algunos países, como Suecia, esta principio incluso está contenido en el Código Laboral. También refleja la propensión de los jóvenes a ser empleados con contratos temporales, y el hecho de que los empresarios han encontrado que es más fácil no renovar dichos contratos o reducir contratos temporales.

En 2011, la OIT calcula que 74,8 millones de jóvenes de 15-24 años estaban desempleados, un aumento de más de cuatro millones desde 2007.³³ La tasa mundial de desempleo juvenil, del 12,7 por ciento, sigue estando por encima del nivel anterior a la crisis por un punto porcentual. Además, se estima que 6,4 millones de jóvenes han perdido la esperanza de encontrar trabajo y han abandonado el mercado laboral en su totalidad. Incluso aquellas personas jóvenes que están empleadas son cada vez más propensas al empleo a tiempo parcial y, a menudo con contratos temporales. En los países en desarrollo, los jóvenes están desproporcionadamente entre los pobres que trabajan.³⁴

Curiosamente, mientras que los trabajadores de más edad –entre 50 y 60 años de edad– son tradicionalmente un grupo vulnerable en el mercado laboral, se han visto menos afectados por los ajustes de empleo en una serie de países. Esto puede reflejar la menor dependencia de los regímenes de jubilación temprana, debido a los cambios en la edad de jubilación legal en varios países.

Las dimensiones del género en el desempleo

Las mujeres suelen estar más afectadas por el desempleo durante las crisis financieras, pero las cifras son mixtas en la crisis actual en Europa. Las tasas de desempleo promedio anuales para 2009 y 2010 fueron ligeramente superiores para los hombres (9,1 por ciento y 9,7 por ciento respectivamente) que para las mujeres (9 por ciento y 9,6 por ciento). Sin embargo, en 2011, el desempleo disminuyó ligeramente para los hombres en la UE-27, mientras que continuó aumentando para las mujeres, a tal punto que la tasa de desempleo volvió a ser menor para los hombres (9,6 por ciento), que para las mujeres (9,8 por ciento).³⁵

Una explicación de estos resultados dispares es que el impacto inicial de la crisis se hizo sentir en los sectores dominados por los hombres, como la construcción y la fabricación. Por otro lado, las mujeres empleadas en los sectores dominados por los hombres a menudo han sido las primeras en ser despedidas. La reducción en el empleo para las mujeres más adelante en la crisis puede explicarse por el hecho de que la segunda ola de pérdidas de empleo se generó en los sectores dominados por mujeres, tales como el sector público.³⁶

Aumento de la desigualdad

Hoy en día en las economías avanzadas, el ingreso promedio del diez por ciento de la población más rica es aproximadamente nueve veces mayor que el del diez por ciento de la población más pobre.³⁷ Un periodo sostenido de fuerte crecimiento económico ha permitido a las economías emergentes sacar a millones de personas de la pobreza absoluta. Pero los beneficios de un fuerte crecimiento económico no se han distribuido de manera uniforme y los elevados niveles de desigualdad de ingresos han aumentado aún más. Entre los BRIC, solo Brasil logró reducir fuertemente la desigualdad, pero la brecha entre ricos y pobres sigue siendo de 50 a uno, cinco veces mayor que en los países de la OCDE.³⁸ Aunque la mayor parte de este aumento de la desigualdad se debe a que los que más ganan “vuelan” por encima de la mayoría, otra parte se debió al denominado “colapso de los salarios bajos”, donde la brecha entre los trabajadores de ingresos medios y los trabajadores de ingresos bajos se intensificó.³⁹ Varios estudios han encontrado que las crisis financieras son seguidas por el aumento de la desigualdad,

33 *Ibid.*, 9.

34 *Ibid.*, 9.

35 http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Unemployment_statistics, consultado el 27 de marzo de 2013.

36 Véase *supra* nota 28, 7.

37 OCDE, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising* (París, OCDE 2011).

38 *Ibid.*

39 Véase *supra* nota 2.

en comparación con las crisis relacionadas con el colapso en el consumo o PBI.⁴⁰ El autor no pudo encontrar datos confiables para mostrar el efecto de la crisis actual sobre la desigualdad. Una razón para esto es que las diferentes etapas de la crisis han tenido diferentes efectos. Los *shocks* financieros iniciales dieron lugar a pérdidas para el quintil superior, promocionando la igualdad. Las pérdidas de empleo y pérdidas salariales en la última etapa de la crisis y de la recesión han dado como resultado, una vez más, el aumento de la desigualdad, con diferencias considerables entre países.

Aumentos de trabajo informal y temporal

La crisis ha llevado a un aumento en el número de trabajadores en el trabajo informal. La proporción de empleo informal sigue siendo elevada, situándose en más de un 40 por ciento en dos tercios de los países emergentes y en desarrollo para los cuales se dispone de datos.⁴¹ La OIT estima que el número de “trabajadores por cuenta propia” y de trabajadores familiares no remunerados se incrementaron en 136 millones desde el año 2000, con 1,52 mil millones de trabajadores vulnerables de este tipo en 2011.⁴² El aumento del trabajo informal ha sido peor en el África Subsahariana, que representa casi el 70 por ciento de todo el crecimiento del empleo en la región desde 2007.⁴³ El trabajo informal es también alto en algunas partes de Europa central y oriental. Según estimaciones del Banco Mundial en base a la última encuesta de la fuerza de trabajo disponible en Kazajstán, el empleo informal representaba el 33,2 por ciento del empleo total en 2009.⁴⁴

La evidencia de las crisis anteriores sugiere que una vez que los individuos se mueven al sector informal, es difícil para ellos volver a un empleo regular.⁴⁵ En algunos países, la informalidad vuelve a los niveles previos a la crisis después de dos o tres años, mientras que otros experimentan un aumento de los niveles de informalidad que persisten incluso después de cinco años.⁴⁶

Los ingresos son generalmente mucho más bajos en la economía informal que en la economía formal, y los trabajadores de la economía informal en general no reciben beneficios de salud, cuidado infantil relacionado con el trabajo, licencia por enfermedad o pensiones. Si son tratados injustamente por los empleadores, no tienen ningún acceso a los tribunales, porque la relación laboral rara vez está blanqueada.⁴⁷ Las prácticas de trabajo más indeseables se encuentran en forma desproporcionada en las economías informales.⁴⁸

La crisis en Europa ha polarizado aún más la fuerza de trabajo. Los trabajadores de la periferia de la fuerza de trabajo han sido los primeros en ser afectados por los recortes de empleo, con la fuerza de trabajo primaria protegida, al menos en el corto plazo. Por ejemplo, en Francia, casi el 50 por ciento de las pérdidas de empleo concierne a trabajadores temporales; mientras que en España la cifra se acerca al 90 por ciento.⁴⁹ Al mismo tiempo, los contratos a tiempo parcial han aumentado tanto para hombres como para mujeres, dado que un número de países y empresas han fomentado la reducción de la jornada laboral, lo que lleva a un desplazamiento de los trabajadores de tiempo completo a trabajo a tiempo parcial para ajustarse a la desaceleración económica.⁵⁰

40 A B Atkinson, y S Morelli, ‘Economic Crisis and Inequality’ (2011) Human Development Research Paper, 2011/06, PNUD.

41 OIT y el International Institute for Labour Studies, ‘World of Work Report 2012’ (Ginebra, OIT 2012).

42 Véase *supra* nota 2, 42.

43 *Ibid.*

44 J Rutkowski, ‘Promoting Formal Employment in Kazakhstan’ Banco Mundial, 2011.

45 C Williams y J Windebank, *Informal Employment in the Advanced Economies: Implications for Work and Welfare* (Routledge, 1998).

46 R Torres, ‘World of Work Report 2009: The Global Jobs Crisis and Beyond’ (Ginebra, OIT y el International Institute for Labour Studies 2009).

47 K Sankaran, ‘Labour Standards and the Informal Economy in South Asia: Need for a Rights Centred Approach’ (2003) *Delhi Law Review* 24, 10; y K Sankaran, ‘Legislating for the Informal Economy: The Challenges for Labour Law’ (2008) Africa IIRA Congress 2008, Cape Town.

48 Cid, J D T S A M D, ‘Decent Work and the Informal Economy in Central America’ (2003) en Department ILOPI (ed.); S Freije, ‘Informal Employment in Latin America and the Caribbean: Causes, Consequences and Policy Recommendations’ en: Inter-American Development Bank S D D, Social Development Division (ed.) Labor Markets Policy Briefs Series, 2001; OIT, ‘ILO: Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture’ (Ginebra, OIT 2002).

49 Véase *supra* nota 28, 5.

50 *Ibid.*

Retraso en la convergencia de los niveles de vida en todo el mundo

Un impacto adicional de la CFG es que la puesta al día en términos de nivel de vida y productividad entre los países en desarrollo y el mundo desarrollado se está desacelerando. Dado que el crecimiento económico global está desacelerando, también lo está la convergencia de los niveles de vida entre países. Una razón importante para esto radica en las diferencias de productividad entre los países en desarrollo y el mundo desarrollado. Fuera de Asia, las regiones en desarrollo se han quedado atrás de las economías desarrolladas en el crecimiento de la productividad laboral, aumentando el riesgo de una divergencia mayor en los niveles de vida y limitando las perspectivas de reducción de la pobreza. Ajustado por diferencias de precios entre países, el trabajador promedio en un país en desarrollo produce menos de una quinta parte de la salida del trabajador promedio en un país desarrollado.⁵¹ Asia representaba la totalidad de la puesta al día en los niveles de productividad del trabajo entre el mundo en desarrollo y desarrollado entre 1991 y 2011, con otras regiones en desarrollo a la zaga.⁵²

Mientras que la pobreza laboral ha ido en declive, ha habido una marcada desaceleración en el progreso desde el año 2008. La proyección de la OIT sobre la base de las tendencias en la incidencia de la pobreza de los trabajadores antes de la crisis (2002 a 2007) muestra que la reducción de la pobreza se ha reducido, con una diferencia de 1,6 puntos porcentuales. Esto equivale a 50 millones de trabajadores pobres más en 2011 que lo previsto en base a las tendencias anteriores a la crisis. Del mismo modo, se estima que hay 55 millones más de trabajadores de lo esperado en 2011 que viven con sus familias por debajo del umbral de la pobreza, de US\$2 al día, sobre la base de las tendencias anteriores a la crisis.⁵³ La acumulación global está fuertemente influenciada por la dramática disminución de la pobreza extrema trabajadora en la región de Asia oriental, donde, debido al rápido crecimiento económico y la reducción de la pobreza en China, el número de trabajadores pobres se ha reducido en 158 millones desde el 2000 y en 24 millones desde 2007. Casi el 30 por ciento de todos los trabajadores del mundo –más de 910 millones– viven con sus familias por debajo del umbral de pobreza de US\$2 al día.⁵⁴ Estos trabajadores y sus dependientes siguen siendo altamente vulnerables a nuevas crisis económicas.

Parte 3: Las medidas de políticas públicas para abordar estos problemas

¿Qué puede hacerse para abordar los efectos de la crisis sobre los trabajadores y promover el crecimiento del empleo? Esta parte del artículo se centrará en las medidas de regulación del mercado de trabajo, y comentará brevemente otras dos áreas de políticas públicas que requieren atención. En lugar de centrarse en políticas específicas, esta parte del artículo analiza el papel de las instituciones a nivel de principio, o “función”. No participa de los debates sobre las medidas de políticas públicas específicas.

Respuestas de regulación y de políticas públicas del mercado laboral

La regulación del mercado laboral y las respuestas de políticas públicas frente a la crisis financiera debería contrarrestar las amplias tendencias negativas en el mercado de trabajo que se describen en la Parte 2 de este capítulo. Los instrumentos de políticas públicas para el mercado laboral deben ser aprovechados para producir el crecimiento del empleo, aliviar los efectos de los recortes en el empleo para desempleados nuevos y a largo plazo, y ayudar en la búsqueda de empleo.

La regulación del mercado laboral es a menudo vista solo en términos de sus funciones “de protección”, por ejemplo, limita el despido. Como consecuencia de ello, a menudo se culpa a las leyes laborales por la rigidez del mercado laboral. Sin embargo, la “regulación” no busca solo establecer reglas –aunque esto sigue siendo esencial– sino que busca, más ampliamente, la mejor manera de lograr cambios en el comportamiento: para moldear el comportamiento del mercado. Las instituciones son manojos de normas y convenciones de diferentes grados de formalidad y rigidez, que buscan guiar

51 Véase *supra* nota 2, 11.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*, 42.

54 *Ibid.*

el comportamiento de los agentes.⁵⁵ Debido a que las regulaciones laborales pueden ser vistas como “dispositivos para la regulación de las expectativas de los actores en condiciones de incertidumbre”,⁵⁶ son particularmente importantes para suavizar los efectos de las crisis económicas. Los impactos de las regulaciones dependen en gran medida del modelo de mercado de trabajo. Las sociedades pueden sufrir por reglamentos que son demasiado altos o demasiado bajos, pero es difícil predecir cuál será el caso sobre la base de los modelos, ya que las leyes laborales son tanto endógenas como dependientes de la implementación.⁵⁷

Una función importante de la regulación del mercado laboral es la distribución del riesgo.⁵⁸ Esto ocurre a través de la seguridad social, así como las normas relativas a la contratación y el despido que distribuyen el riesgo al establecer quién asume el costo de las crisis financieras de una organización. Cuando es fácil despedir empleados, los trabajadores pueden tener que asumir el riesgo de una crisis financiera, dado que el empleo puede reducirse rápidamente, en vez usarse otros recursos como reservas financieras o dividendos retenidos de los propietarios. Cuando es difícil despedir empleados, el riesgo de crisis financieras se distribuye a las otras partes interesadas. En la práctica, las sociedades equilibran este riesgo en una variedad de maneras, y amortiguan el riesgo de pérdidas de empleo como consecuencia de las reglas de contratación y despido con una gama de regímenes de seguridad social. Hay una serie de mecanismos que pueden ser utilizados para distribuir el riesgo y que son particularmente importantes durante las recesiones y las secuelas de las crisis financieras.⁵⁹

Medidas para el empleo y la protección social

Estimular la generación de empleo a través de:

1. la inversión de recursos públicos para todos los tipos de infraestructura;
2. la proporción de apoyo adicional a través de líneas de crédito, la reducción de impuestos y la orientación técnica para las pequeñas empresas en particular;
3. la concesión de subvenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la seguridad social a las empresas para reducir el costo de retener a los trabajadores en puestos de trabajo y facilitar nuevas contrataciones;
4. retener a los trabajadores en puestos de trabajo mediante la reducción de la jornada laboral, las prestaciones de desempleo parcial, la reducción de los costes laborales y los planes de formación.

Proporcionar apoyo para los ingresos de los trabajadores y sus familias a través de:

1. extensión de las prestaciones por desempleo;
2. prórrogas y ajustes a los beneficios para la salud y beneficios de jubilación por vejez;
3. ampliación de los programas de transferencias monetarias y de asistencia social.

Apoyar a los desempleados y demandantes de empleo mediante:

1. el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo;
2. la ampliación de los programas y servicios de formación.

Estimular el diálogo social y las consultas con las empresas y la fuerza laboral en las medidas para contrarrestar la crisis a través de:

1. consultas nacionales y sectoriales entre empresarios y trabajadores, y con los gobiernos;
2. acuerdos nacionales y sectoriales entre empresarios y trabajadores, y con los gobiernos;
3. consultas y acuerdos de empresa.

55 S Deakin, y F Wilkinson, *The Law of The Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution* (Oxford University Press 2005).

56 Véase *supra* nota 16.

57 S Lee y D McCann, ‘New Directions in Labour Regulation Research’ en: S Lee and D McCann (ed.), *Regulating for Decent Work: New Directions in Labour Market Regulation* (Ginebra, OIT 2011).

58 S Deakin, ‘The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development’ en: S Marshall (ed.) *Labour Law and Development* (próximamente, Oxford, Hart/OIT).

59 OIT, ‘Protecting People, Promoting Jobs’ (Ginebra, OIT 2009).

La orientación de medidas de gasto en el mercado laboral puede ser muy eficaz. Las estimaciones para las economías avanzadas en relación con los diferentes instrumentos del mercado laboral a raíz de la crisis muestran que las políticas públicas activas y pasivas del mercado laboral han demostrado ser muy eficaces para estimular la creación de empleo y el apoyo a los ingresos, a diferencia de las medidas de estímulo más directas.⁶⁰ Por lo tanto, el gasto debería concentrarse en instrumentos ricos para el empleo, que devuelven ingresos a los gobiernos en el mediano plazo.

La negociación sobre los salarios y las condiciones, es también una forma flexible de distribuir los riesgos. En lugar de utilizar herramientas directas para reducir los salarios, la negociación podría ocurrir a nivel de la empresa y de la industria para reducir los salarios o las jornadas laborales a fin de reflejar el efecto del mercado sobre la empresa, a condición de aumentos salariales cuando la situación económica mejore. No todas las industrias o empresas están sufriendo de depresión económica en la misma proporción. Por lo tanto, no son necesarios los incrementos de salarios generales. La negociación permite que los incrementos salariales sean vinculados a los incrementos de productividad, lo que garantiza que la brecha entre el aumento de la productividad y los salarios no se haga más grande.

La crisis representa una oportunidad para que los países en desarrollo puedan introducir o mejorar su débil o inexistente seguridad social y ampliar su capacidad limitada para la recopilación de información y evaluación de programas de desarrollo. Las crisis también permiten a los países reducir o eliminar las políticas públicas ineficaces a favor de políticas públicas equitativas que promuevan el crecimiento a largo plazo y una mejor gestión del riesgo. En el pasado, muchos aprovecharon esta oportunidad y salieron con éxito de sus crisis al mismo tiempo que mejoraron sus marcos de políticas públicas a largo plazo. Durante la crisis actual, en Singapur, Malasia, Filipinas e Indonesia, los gobiernos se han basado en las estrategias de ajuste tradicionales de sus regímenes de bienestar. Esto ha dado lugar a un desplazamiento de la carga social a la familia. Por el contrario, después de la crisis, Corea del Sur, Taiwán y Tailandia comenzaron a expandir sus sistemas de seguridad social del Estado.⁶¹

El *mantenimiento de la demanda de bienes y servicios* es otra función de la regulación del mercado de trabajo. Los bajos salarios, por ejemplo, generan baja demanda acumulada, ahogando la demanda local de nuevos productos industriales. Esta es una de las razones por las que las disminuciones salariales generales pueden ser perjudiciales para el crecimiento. Se socava aún más el grado en que la economía local se integra o interconecta internamente.⁶² Cuando una economía no está integrada, y las importaciones superan a las exportaciones, puede sufrir de desequilibrios en cuenta corriente y acceso precario por parte de los fabricantes a los bienes y servicios requeridos para la producción, debido a las fluctuaciones monetarias y los problemas de acceso del comercio. Hay otros medios para estimular la demanda. La política fiscal es, actualmente, el medio preferido. Sin embargo, las políticas fiscales como la reducción de las tasas de interés tienen muy poco impacto sobre los pobres en los países en desarrollo. El aumento de los ingresos tiene un impacto mucho mayor sobre la capacidad de los pobres para la compra de bienes y servicios.

En los últimos 20 años ha habido un descenso en los salarios reales de los quintiles medios e inferiores de los perceptores de ingresos en muchos países de todo el mundo. La participación de los salarios en el PBI ha caído aún más desde 2010-2011 en todos los grandes países desarrollados, junto con un cambio adicional de ingresos hacia las profesiones gerenciales. Por ejemplo, en las ocho décadas previas a la reciente recesión, nunca hubo un trimestre en el que los ingresos de sueldos y salarios ascendieran a una cifra inferior al 45 por ciento de la economía. La cifra ahora se encuentra por debajo del 44 por ciento.⁶³ Esto produce la baja demanda, lo que contribuye a una profundización de la recesión.

La promoción del *empoderamiento* y la *cohesión social* asociadas con las normas que tienen como objetivo promover las oportunidades económicas y los niveles más altos de igualdad son otra función central de la regulación del mercado laboral.⁶⁴ La contribución de la regulación del mercado laboral a la redistribución de la riqueza también refleja esta función. Hay una serie de otras instituciones que

60 *Ibid.*

61 K Busch, 'World Economic Crisis and the Welfare State' (2010) International Policy Analysis, Friedrich Ebert Stiftung.

62 B Sutcliffe, '100 Ways of Seeing an Unequal World' (Zed Books, 2001).

63 F Norris, 'For Business, Golden Days; For Workers, the Dross' *The New York Times* 25 de noviembre de 2011.

64 Véase *supra* nota 58.

también pueden desempeñar un papel en la redistribución del poder y de los ingresos, y contribuir con el igualitarismo en las sociedades. Sin embargo, las instituciones del mercado laboral, en general, han adoptado formas que las hacen especialmente adecuadas para realizar esta función. Una de las razones por las que las instituciones del mercado laboral han sido particularmente buenas en su función redistributiva es porque pueden operar independientemente de los Estados depredadores o corruptos. Las instituciones del mercado laboral, tales como la negociación colectiva y otras instituciones de fijación de salarios a menudo implican solo el trabajo y el capital, o el trabajo y el capital junto con el gobierno. Cuando están constituidas democráticamente, son un ejemplo de larga data de las formas de toma de decisiones deliberativas y participativas que se han pregonado en la literatura del desarrollo como mecanismos para la superación de la captura por parte de grupos de elite y los estados depredadores.⁶⁵ Las instituciones del mercado laboral tienen que estar constituidas con el fin de aumentar el poder de negociación de los trabajadores para desempeñar un poder y una función redistributiva del ingreso.⁶⁶

El papel de la redistribución del ingreso para producir una mayor cohesión social es particularmente apremiante en la actualidad. Un estudio reciente llevado a cabo por la OIT encontró que, en 57 de 106 países, el Índice de Agitación Social aumentó en 2011 en comparación con 2010. Europa, Oriente Medio, el Norte de África y el África Subsahariana muestran el riesgo más elevado de la agitación social. En promedio, América Latina –donde ha habido una cierta recuperación del empleo y, en algunos casos, mejoras en la calidad del trabajo– ha experimentado una disminución en el riesgo de agitación social.⁶⁷ Este índice sugiere que existen considerables peligros de continuar con las medidas de austeridad a costa de la cohesión social y la promoción de la igualdad.

Reforma de la regulación financiera

LA REGULACIÓN FINANCIERA A NIVEL NACIONAL

Las perspectivas de creación de empleo podrían mejorar sustancialmente si los problemas actuales en el sector financiero se abordaran de forma adecuada. La OIT recomienda, en particular, una rápida implementación de las reformas del sector financiero y el establecimiento de un marco operativo que abarca tanto las reformas del mercado financiero nacional e internacional para ayudar sustancialmente a reducir la volatilidad de los mercados financieros y estimular el crecimiento del empleo.⁶⁸

LA REGULACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL

El espacio político disponible para responder a la tercera fase de la crisis ahora se ve limitado. El gasto público financiado con déficit y la flexibilización monetaria implementada simultáneamente por muchas economías avanzadas y emergentes en el comienzo de la crisis ya no es una opción viable para todos ellos.⁶⁹ El gran aumento de la deuda pública y las consiguientes preocupaciones por la sostenibilidad de las finanzas públicas en algunos países han obligado a los más expuestos al aumento de las primas de riesgo de la deuda soberana a aplicar un estricto ajuste de cinturón.⁷⁰ Tomar aún más prestado con el fin de financiar un mayor estímulo que podría promover el empleo, por tanto, no es una opción para la mayoría de los países.

En cambio, se necesitan otras medidas para mejorar la regulación financiera internacional. Las directrices de Basilea se cambiaron en respuesta a las deficiencias reveladas por la crisis; sin embargo, queda mucho por delante. En virtud de la tercera parte de los Acuerdos de Basilea los bancos deben triplicar el tamaño de las reservas de capital de que sean titulares contra pérdidas. Sin embargo, como dice Martin Wolf, “Esto suena duro, pero solo si uno pierde de vista que triplicar casi nada

65 J Elster, (ed.) *Deliberative Democracy* (Cambridge University Press 1998), M A Melo y G Baiocchi, ‘Deliberative Democracy and Local Governance: Towards a New Agenda’ (2006) *International Journal of Urban and Regional Research* 30, 587–600.

66 A Santos, ‘What Kind of “Flexibility” in Labor and Employment Regulation for Economic Development?’ 2007.

67 Véase *supra* nota 41.

68 Véase *supra* nota 2, 28–29.

69 *Ibid.*, 13.

70 *Ibid.*

no es mucho”.⁷¹ Otros han criticado los requisitos de las participaciones de capital del banco no solo por ser bajos, sino también por ser imprecisos, creando el riesgo de evasión.⁷² Pero los bancos siguen ejerciendo presiones políticas compensatorias, con el argumento de que los grandes cambios impedirían el crecimiento económico. Muchos también dijeron que el calendario del club de Basilea, según el cual las propuestas estarían implementadas para fines de 2012, no era realista. Es evidente que este tipo de dinámicas políticas todavía tienen un largo camino por recorrer.

Uno de los avances más importantes en el ámbito financiero es el apoyo político cada vez mayor para la idea del impuesto “Robin Hood” o de Tobin. Se trata de un impuesto sobre las transacciones financieras, que serviría el propósito de amortiguar la especulación financiera y reducir el tamaño del sector financiero, al tiempo que ayudaría a financiar importantes objetivos de desarrollo o asegurar contra futuras crisis. Por ejemplo, un impuesto a una tasa del 0,1 por ciento sería insignificante en relación con los costos de transacción asociados con el comercio internacional o las inversiones a largo plazo. Por otro lado, las transacciones diarias de US\$3 billones producirían ingresos de US\$30 mil millones por día o casi US\$1 billón. La idea es que, dado que esta cantidad excede los beneficios totales del sector financiero, un impuesto Tobin eficaz implicaría una drástica reducción en el volumen de flujos financieros de corto plazo. Por otro lado, los ingresos de un impuesto Tobin, aunque significativos, no serían suficientes para reemplazar las principales fuentes actuales de tributación como el impuesto sobre la renta o el impuesto empresarial.

Durante muchos años, las discusiones sobre el impuesto Tobin han sido en gran parte del dominio exclusivo de los académicos o las organizaciones de activistas, como la Asociación con sede en París para la Tasación de las Transacciones Financieras y Ayuda a los Ciudadanos. A raíz de la crisis, sin embargo, el entonces presidente francés, Nicolas Sarkozy, y varios otros líderes del gobierno apoyaron la idea. En octubre de 2012, la CE acordó una “coalición de voluntad” de la eurozona para seguir adelante con un impuesto sobre las transacciones financieras, que probablemente sea del 0,1 por ciento sobre las acciones y bonos, y 0,01 por ciento sobre los derivados. Esto proporcionará un experimento útil, pero para que el impuesto opere con eficacia se requiere de la participación de un número mucho mayor de países. Lo ideal sería incluir a todas las naciones del mundo, a fin de evitar la creación de incentivos perversos para la creación de paraísos fiscales donde no haya impuesto de Tobin. Sin embargo, el impuesto puede proporcionar financiación para las políticas a favor del empleo que tanto se necesitan. Asimismo, si se ve que tiene éxito, más países probablemente se unirán al programa.

Parte 4: Conclusión

Antes de abordar un avión el sábado 18 de octubre de 2008 para reunirse con el presidente George W Bush, el presidente francés, Nicolas Sarkozy proclamó: “Europa la quiere. Europa la exige. Europa la obtendrá”. Aquí, “la” se refiere a la reforma de la regulación financiera global, que se veía como necesaria para evitar la propagación de la crisis financiera de EE.UU. Casi cuatro años después, no tenemos ningún nuevo orden financiero global, la crisis todavía se está librando en Europa y amenaza a la economía mundial, una vez más.

En lugar de la regulación financiera más estricta, en Europa se observan políticas de austeridad y recortes transfronterizos en los programas de gasto público. Es probable que se agraven los problemas que se describe en este documento del mercado laboral. La experiencia del pasado sugiere que, en particular, las políticas de mercado laboral con esquemas de apoyo a los ingresos tienen el potencial para generar efectos grandes y positivos en lo que respecta a la creación de trabajo. Por el contrario, la reducción de este tipo de programas afianzará aún más los problemas en los mercados de trabajo, por lo que será más costoso reducir las tasas de desempleo y se generará un importante retraso en la recuperación. Los recientes recortes en los regímenes que apoyan a los demandantes de empleo y a los desempleados son susceptibles de traer consecuencias adversas sustanciales en el largo plazo para el mercado laboral.

71 M Wolf, ‘Basel III – too soft, not enough’ Business Spectator, 15 de septiembre de 2010

72 A Admati, P Demarzo, M Hellwig y P Pfleiderer, ‘Fallacies, Irrelevant Facts, and Myths in the Discussion of Capital Regulation: Why Bank Equity is Not ‘Expensive’ (2010) Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No 86, Stanford Graduate ‘School of Business Research Paper No 2,065’.

¿Por qué no ha estado próxima la reforma, más allá de las pequeñas reformas a los Acuerdos de Basilea y la introducción experimental del impuesto de Tobin en Europa? Tal vez la razón más importante por la que no se ha producido la reforma del tipo necesaria para detener el ciclo de auge y caída es simplemente por el poder de los bancos y las instituciones financieras. Este poder es directo, en forma de grupos de *lobby* y por medio de la representación en lugares de incidencia. También es indirecto, y se relaciona con el miedo. A nivel nacional, el poder de las instituciones financieras ha sido bien documentado. En 2009 y principios de 2010, por ejemplo, las empresas financieras en EE.UU. gastaron US\$1,3 mil millones para hacer *lobby* en el Congreso durante la aprobación del *Dodd-Frank Act*.⁷³ Se cree que este *lobby* es responsable del debilitamiento de la legislación en las áreas de comercio de derivados y de los derechos de los accionistas. Es más difícil rastrear las actividades de *lobby* de los bancos e instituciones financieras a nivel internacional, donde no existe la transparencia necesaria respecto de los gastos de este tipo. Sin embargo, podemos suponer que se han gastado grandes sumas de dinero.

El temor a una mayor inestabilidad puede ser más importante que la influencia adquirida a través de actividades de *lobbying*. En cierto modo, de hecho, es la percepción de inestabilidad que da a los mercados financieros el apalancamiento necesario en las negociaciones. Las naciones deben llevar a cabo medidas de austeridad con el fin de pagar las deudas, o los acuerdos internacionales de protección de depósitos deben ser puestos en su lugar, “o bien” los mercados colapsarán, devastando a las economías locales. Los gobiernos tienen miedo de regular las finanzas o “castigar” a los bancos por si acaso ponen en peligro el frágil crecimiento económico. Como dijo un ex funcionario de Fannie Mae a *The New York Times*, “Me temo que corremos el riesgo de empujar a estos chicos por un precipicio y vamos a tener que rescatar a los bancos de nuevo”.⁷⁴

Streeck, por ejemplo, ha sostenido que el “capitalismo democrático” implica una contradicción fundamental entre los intereses de los mercados de capitales y los de los votantes o ciudadanos. En el pasado, esta tensión se puso a un lado por los préstamos del futuro, ya sea en forma de deuda pública o deuda privada. El problema, según Streeck, es que los Estados tienen dos soberanos; su población y los mercados globales. Cada vez más, los políticos están siendo seleccionados por su capacidad de calmar los mercados financieros, en lugar de por sus credenciales democráticas. Según Streeck:⁷⁵

‘Los “encantadores de personas” son sucedidos por “encantadores de capitales” que, según se espera, conocen los trucos secretos necesarios para garantizar que los inversores reciban su dinero de vuelta con el interés compuesto. Dado que la confianza de los inversores es más importante ahora que la confianza de los votantes, la toma de posesión continua del poder por los confidentes del capital es visto por el centro izquierda y la derecha por igual no como un problema, sino como la solución’.

Este punto de vista puede parecer radical, pero los analistas financieros lo comparten. La muy influyente sección de análisis político del grupo Cheuvreux Crédit Agricole Group descartó como poco probable la declaración de François Hollande de que haría frente a los mercados financieros ‘sin rostros’⁷⁶ y que pondría en práctica políticas a favor del crecimiento en lugar de medidas de austeridad:

‘Aunque astuta desde el punto de vista electoral, la estrategia de Hollande seguramente será contraproducente una vez elegido... François Hollande tendrá que disgustar o bien a los mercados financieros o a los votantes inmediatamente después del final del ciclo electoral 2012, ya que es seguro que será incapaz de conciliarlos a los dos’.⁷⁷

En lugar de esperar que cada país haga declaraciones de esta naturaleza, a sabiendas de que corren el riesgo de bajar sus calificaciones de Standard & Poor, y de ver la fuga de capitales y el litigio sostenido, sería más sencillo poner en marcha políticas públicas e instituciones, internacionales y globales, que promuevan la estabilidad económica global. De lo contrario, corremos el riesgo de nuevas crisis financieras y una profundización de la crisis del mercado laboral que el mundo está experimentando actualmente.

73 D Igan y P Mishra, ‘Making Friends’ 2011 Finance and Development 48.

74 N Schwartz, ‘US Is Set to Sue a Dozen Big Banks Over Mortgages’ *The New York Times*, 1 de septiembre de 2011.

75 Véase *supra* nota 5, 64–65.

76 F Hollande ‘Hollande Campaign Speech’ *Le Bourget*, 22 de enero de 2012.

77 Doisy, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Admati A, Demarzo P, Hellwig M y Pfleiderer P, 'Fallacies, Irrelevant Facts, and Myths in the Discussion of Capital Regulation: Why Bank Equity is Not 'Expensive' (2010) Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No 86, Stanford Graduate 'School of Business Research Paper No 2,065'
- Armington K y Baccaro L, 'Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation' (2012) *Industrial Law Journal* 41, 254
- Atkinson A B y Morelli S, 'Economic Crisis and Inequality' (2011) Human Development Research Paper, 2011/06, PNUD
- Ben-Ami D, 'Inequality a symptom not a cause' (2012) *Fund Strategy* 24.
- Bordo M y Meissner C, 'Does Inequality Lead to a Financial Crisis?' (próximamente) *Journal of International Money and Finance*
- Busch K, 'World Economic Crisis and the Welfare State' (2010) *International Policy Analysis*, Friedrich Ebert Stiftung
- Cid J D T S A M D, 'Decent Work and the Informal Economy in Central America' (2003) en, Department ILOPI (ed.)
- Claessens S, Köse M A y Terrones M E 'The Global Financial Crisis: How Similar? How Different? How Costly?' (2010) documento de trabajo no. 1011, marzo de 2010, serie de documentos de trabajo de Tüsiad-koç University Economic Research Forum
- Crotty J 'Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the "new financial architecture"(Essay)' (2009) *Cambridge Journal of Economics* 33, 563
- Deakin S 'The Evidence-Based Case for Labour Regulation' en Lee S y McCann D (eds), *Regulating for Decent Work: New Directions in Labour Market Regulation* (Ginebra, OIT 2012a)
- 'The Sovereign Debt Crisis and European Labour Law' (2012b) *Industrial Law Journal* 41, 251–253
- 'The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development' en: Marshall S (ed.) *Labour Law and Development* (próximamente, Hart/OIT)
- y Wilkinson F, *The Law of The Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution* (Oxford University Press 2005)
- Doisy N, *Politoscope* No 3 (2012) Cheuvreux Crédit Agricole Group, Europa, 8 de marzo
- Elster J, (ed.) *Deliberative Democracy* (Cambridge University Press 1998)
- Florio M, 'The Real Roots of the Great Recession' (2011) *International Journal of Political Economy* 40, 5–30
- Freije S, 'Informal Employment in Latin America and the Caribbean: Causes, Consequences and Policy Recommendations' en: Inter-American Development Bank S D D, Social Development Division (ed.) *Labor Markets Policy Briefs Series*, 2001
- Hollande F 'Hollande Campaign Speech' Le Bourget, 22 January 2012
- Igan D y Mishra P, 'Making Friends' 2011 *Finance and Development* 48
- OIT, 'ILO: Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture' (Ginebra, OIT 2002)
- OIT, 'Protecting People, Promoting Jobs' (Ginebra, OIT 2009)
- 'Global Employment Trends 2012' (Ginebra, International Labour Office 2012)
- e International Institute for Labour Studies, 'World of Work Report 2012' (Ginebra, International

Labour Office 2012)

Lee S y McCann D, 'New Directions in Labour Regulation Research' en: Lee S y McCann D (eds), *Regulating for Decent Work: New Directions in Labour Market Regulation* (Ginebra, OIT 2011)

Melo M A y Baiocchi G, 'Deliberative Democracy and Local Governance: Towards a New Agenda' (2006) *International Journal of Urban and Regional Research* 30, 587-600

Norris F, 'For Business, Golden Days; For Workers, the Dross' *The New York Times* 25 de noviembre de 2011

OCDE, 'Growing Income Inequality in OECD Countries: What Drives and How Can Policy Tackle It?' *Forum* 2011

OCDE, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising* (París, OCDE 2011)

Popov V, 'Why Transition Economies Did Worse than Others in 2008-09 Recession' 1 de marzo de 2011, disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1893789> consultado el 23 de octubre de 2012

Rajan R, *Fault Lines* (Princeton University Press 2010)

Rutkowski J, 'Promoting Formal Employment in Kazakhstan' *Banco Mundial*, 2011

Sankaran K, 'Labour Standards and the Informal Economy in South Asia: Need for a Rights Centred Approach' (2003) *Delhi Law Review* 24, 10

— 'Legislating for the Informal Economy: The Challenges for Labour Law' (2008) *Africa IIRA Congress 2008*, Cape Town

Santos A, 'What Kind of "Flexibility" en Labor and Employment Regulation for Economic Development?' 2007 (copia del autor)

Schwartz N, 'US Is Set to Sue a Dozen Big Banks Over Mortgages' *The New York Times* 1 de septiembre de 2011

Stiglitz J, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future* (WW Norton, 2012)

STREECK W, 'MARKETS AND PEOPLES: DEMOCRATIC CAPITALISM AND EUROPEAN INTEGRATION' (2012) *NEW LEFT REVIEW* 73, 63

SUTCLIFFE B, '100 WAYS OF SEEING AN UNEQUAL WORLD' (ZED BOOKS, 2001)

TORRES R, 'WORLD OF WORK REPORT 2009: THE GLOBAL JOBS CRISIS AND BEYOND' (GINEBRA, OIT: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR LABOUR STUDIES 2009).

VAUGHAN W, *WORK INEQUALITIES IN THE CRISIS: EVIDENCE FROM EUROPE* (GINEBRA, OIT 2011)

WILLIAMS C Y WINDEBANK J, *INFORMAL EMPLOYMENT IN THE ADVANCED ECONOMIES: IMPLICATIONS FOR WORK AND WELFARE* (ROUTLEDGE, 1998)

WOLF M, 'BASEL III – TOO SOFT, NOT ENOUGH?' *BUSINESS SPECTATOR* 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Capítulo 10

Crisis Financiera Global, Responsabilidad Corporativa y Pobreza: Fase III del Grupo de Trabajo de la CFG

Dra. Birgit Spiesshofer, MCJ¹

Introducción

La CFG, desatada por el colapso del banco de inversión Lehman Brothers en 2008, no solo fue el resultado del comportamiento irresponsable individual de algunos banqueros, sino también de los fallos sistémicos del sistema financiero. La CFG tuvo, y sigue teniendo, severos impactos negativos sociales, económicos y ecológicos, en particular sobre los más pobres del mundo.² Se invierten fondos en el rescate de los bancos, en lugar de alimentar a los pobres.³ El mercado financiero se trasladó de los derivados en el sector inmobiliario a la especulación en los productos alimenticios, dando lugar a un aumento de los precios tal que algunos de los más pobres ya no pueden permitirse el lujo de cubrir sus necesidades básicas. La escasez de crédito golpea a las pequeñas empresas, los márgenes de beneficio de los proveedores de los países menos desarrollados son reducidos, el desempleo es alto y aumentan los reclamos por el acaparamiento de tierras⁴ mientras las tierras agrícolas se convierten en una inversión atractiva y sólida en tiempos de incertidumbre.⁵

A pesar de todos estos (y muchos otros) impactos negativos, la CFG también tuvo un efecto catártico en la medida en que sacó a luz las fallas sistémicas, los planes de incentivos erróneos, los conflictos de intereses y las desastrosas consecuencias de la falta de regulación y control y provocó un amplio debate internacional sobre la responsabilidad (social) empresarial (RSE), que no se limita al sector financiero y el Primer Mundo, sino que abarca operaciones comerciales en todo el mundo, en particular, las cadenas de suministro en los países menos desarrollados. Cuando el concepto de RSE se desarrolla de

1 Dra. Birgit Spiesshofer, MCJ, New York University, Dentono, Berlin.

2 Véase Joachim von Braun, 'Food and Financial Crises: Implications for agriculture and the poor', diciembre de 2008, véase www.ifpri.org/book-776/ourwork/researcharea/food-prices consultado el 12 de octubre de 2012; Katerina Kyrili y Matthew Martin, 'The Impact of the Global Economic Crisis on the Budgets of Low-Income Countries', informe de investigación para Oxfam, 29 de julio de 2010, véase www.oxfam.org consultado el 12 de octubre de 2012.

3 Jean Ziegler, 'Nahrungsmittelspekulation ist ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit' Sueddeutsche Zeitung 20 de septiembre de 2012, donde se destaca que el presupuesto del Programa Mundial de Alimentos de 2008, que era de US\$6 mil millones, fue reducido a US\$2,8 mil millones en 2012 debido a la CFG.

4 Véase www.oxfam.org consultado el 12 de octubre de 2012.

5 Véase *supra* nota 3.

una manera realista y eficaz, puede mejorar las condiciones de trabajo y de vida en el largo plazo en todo el mundo, incluidos los países más pobres, y aliviar la pobreza.

La CFG reveló el lado destructivo del capitalismo, lo que sugiere que es necesario que existan limitaciones y controles sobre los sistemas financieros que lo apoyan. Pero el lado positivo de las economías de mercado y competencias es su inmenso potencial creativo, que debe ser interpelado de forma inteligente para mejorar las condiciones sociales, económicas y ecológicas a nivel global.

Ética y economía

La CFG reveló la limitada eficacia y debilidad inherente de las políticas corporativas que exigen una conducta empresarial ética, cuando los incentivos económicos y las limitaciones trabajan en contra de ella. La avalancha de publicaciones pos-Lehman, que marcó la codicia de los banqueros y reclama estándares éticos más elevados para la cúpula dirigente y los empleados,⁶ ignoran el lado sistémico,⁷ es decir el hecho de que en una economía competitiva de mercado el comportamiento moral no es solo una cuestión que debe ser librada al carácter individual, la virtud y la fuerza, sino que también requiere un marco institucional y normativo que garantice que el comportamiento moral no implique una desventaja (competitiva), ya sea para el empleado como para la empresa, como tal, sino más bien una ventaja en la competencia dentro de la empresa y el mercado. Un enfoque de la ética empresarial que requiere altas normas morales para los individuos sin el reconocimiento de los aspectos sistémicos puede crear algunos héroes, pero no va a desplegar una influencia decisiva y radical, ni dará lugar a un cambio fundamental en las normas de conducta empresariales.⁸ Su eficacia ha sido comparada con la de un freno de bicicleta en un jet intercontinental.⁹

Por tanto, la cuestión decisiva es cómo traducir la ética en la economía; en particular, ¿cuáles son los mecanismos e instrumentos económicos y jurídicos, teniendo en cuenta los medios de la competencia y las reglas de las economías de mercado modernas, que obliguen o al menos promuevan el comportamiento ético de una manera eficiente y sostenible?

Karl Homann¹⁰ señaló correctamente que la competencia es el mecanismo fundamental y central de las economías de mercado modernas, y que existe una tensión inherente entre la competencia y las exigencias morales. Incluso los líderes empresariales con los estándares morales más altos no pueden evitar la lucha por la maximización del beneficio sostenible dentro de la carrera competitiva de la cual de otra forma serían eliminados. Aunque hay líderes de negocios y empresas que se esfuerzan por obtener márgenes de beneficio justos (en vez de máximos), tomando voluntariamente en consideración las necesidades de la sociedad, además de los objetivos económicos, e impulsados por el deseo de ser consideradas “comerciantes honorables”, los elementos básicos de la competencia en el mercado, igualmente, no pueden ser ignorados. Por lo tanto, las intenciones morales no se pueden realizar *en contra* de la economía de mercado moderna, sino solo *dentro* y *mediante* ella. Tienen que formar parte del marco regulatorio y del orden social en el que operan las empresas, y tienen que aplicarse a todos los competidores y ser aplicados por igual para ser eficaces y evitar una distorsión de la competencia.

Los estándares morales solo serán eficaces si se relacionan –por efecto de la ley, o la tecnología, o en la era de Internet, por los impactos reputacionales– con consecuencias negativas o positivas económicamente mensurables y con pérdidas, costos o responsabilidad, por un lado, o ventajas competitivas, traducibles en beneficios, riesgos o reducción de costos, por el otro. Las apelaciones morales y la condena de avaricia serán ineficaces siempre y cuando el sistema permita, incentive o incluso requiera que las empresas y sus empleados tomen atajos morales. La conciencia de un individuo

6 Véase, p. ej., Julian Nida-Ruemelin, ‘Die Optimierungsfälle’ 2011 119ff, 295; Hans Küng, ‘Projekt Weltethos’, 9a ed. 2004, 51ff.

7 Karl Homann, ‘Ethik, Vertrauen und die Ordnung der Wirtschaft’, en Hans-Jürgen Papier y Karl Homann, *Freiheit und Moral* 2009, 22.

8 *Ibid.*, 21ff; Karl Homann, ‘Grundlagen einer Ethik der Globalisierung’, en Heinrich v Pierer, Karl Homann and Gertrude Lübke-Wolff, ‘Zwischen Profit und Moral’ 2003, 35ff; Gertrude Lübke-Wolff, ‘Die Durchsetzung moralischer Standards in einer globalisierten Welt’, *ibid.*, 73ff; Niklas Luhmann, ‘Wirtschaftsethik als Ethik?’ en Josef Wieland, ‘Wirtschaftsethik und Theorie der Gesellschaft’ 1993, 134, 145.

9 Ulrich Beck, ‘Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit’ 1988, 194.

10 Véase *supra* nota 8.

no puede compensar el fracaso de la institución.

Homann¹¹ destaca que la CFG no es, como muchas veces se dice, el resultado de un instinto gregario irracional de algunos banqueros irresponsables y dementes. La CFG fue generada –desde un punto de vista económico personal y empresarial (de corto plazo y aislado– por comportamientos perfectamente racionales, dadas las circunstancias de un sector financiero insuficientemente regulado, mal incentivado y opaco. Por lo tanto, cualquier búsqueda de soluciones realistas y eficaces tiene que comenzar con el reconocimiento de estos hechos. La convocatoria de un nuevo marco para el sector financiero y de los negocios en general para fomentar un comportamiento responsable y una conducta empresarial ética es válido, pero cabe aclarar que: la cantidad de la normas no es determinante; el objetivo no puede ser el de sofocar o suprimir la competencia, sino de crear reglas inteligentes, que sean coherentes y consistentes con la economía de mercados, que frenan, controlan y reducen los mecanismos con impactos negativos por un lado, y apoyan y utilizan los potenciales positivos del comportamiento competitivo por el otro, asegurando al mismo tiempo que el cumplimiento de estas reglas no se pueda reducir a reclamos verbales vacíos de conciencia ambiental, encubrimientos o tapado de conductas viciosas, sino que sea integrado a las estrategias centrales y reglas y culturas internas de los diferentes sectores industriales y de las compañías individuales. De lo contrario, en palabras de Thomas Hobbes, la vida sería “solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”.¹²

Además de las numerosas iniciativas de regulación a nivel internacional y nacional, diseñadas para hacer frente a las carencias y defectos que se evidenciaron en la CFG, el sector financiero parece haber entendido el mensaje de que tiene que revisar su modelo comercial a la luz de la pérdida fundamental de la confianza y la credibilidad del público. Pareciera que la presión es suficientemente alta que los actores económicos aceptan la necesidad de someterse a nuevas reglas, o al menos, a considerarlas.¹³

En octubre de 2012, McKinsey & Company publicó un comentario sobre el sector bancario llamado “*The triple transformation: Achieving a sustainable business model*”.¹⁴ Además de analizar los desafíos económicos que enfrenta el sector bancario, McKinsey recomienda que los bancos apunten alto, transformando radicalmente su economía, modelos de negocio y cultura –lo llaman “triple transformación”. El informe revela que se ha iniciado un cambio cultural fundamental, por ejemplo, a través de la redefinición del valor para el cliente y el ajuste de modelos de compensación. Los modelos de negocios diferenciados serán reconfigurados en base a tres capacidades básicas: capacidad de basarse en riesgos, de centrarse en el cliente y de basarse en infraestructura.

La regulación dará lugar a una nueva evaluación de los beneficios y desafíos importantes. Como componente crítico de la triple transformación, los bancos deben examinar cuidadosamente sus culturas a través de cuatro dimensiones para asegurarse de que están fomentando la creación de valor: el equilibrio de los intereses de los accionistas y la sociedad en su conjunto; la creación de valor para los clientes; garantía de la solidez de los procesos internos; e influencia en la mentalidad de los empleados. Los directores y altos gerentes deben ver la transformación cultural como un tema estratégico de negocios, no como un problema de relaciones públicas.

Las siguientes recomendaciones del informe McKinsey suenan a directivas de RSE para el sector bancario:

- ‘- Los bancos no deben perder de vista la necesidad de equilibrar su deber de maximizar los beneficios contra el costo potencial para la sociedad de las pérdidas causadas por la toma excesiva de riesgos. Cualquier riesgo que podría requerir que los contribuyentes provean fondos para el banco, ya sea debido a eventos internos o externos, deben ser evitados.
- Los bancos tienen que redoblar su compromiso con la creación de valor para sus clientes, garantizando la transparencia y el cumplimiento de estándares de mejores prácticas para los productos y servicios. Esto implica tratar a todos los clientes y contrapartes de manera justa con respecto a la fijación de precios, la ejecución y los servicios medios y de *back-office*.
- Los procesos internos en áreas como la gestión de riesgos y cumplimiento deben ser compatibles

11 Véase *supra* nota 7, 24 y siguientes.

12 Véase *supra* nota 7, 24.

13 *Ibid.*, 25: los actores se someterán a nuevas reglas únicamente bajo dos condiciones: (1) cuando la presión es suficientemente alta; y, (2) cuando tienen una idea aproximada de cuáles son las soluciones de la crisis.

14 Second McKinsey Annual Review on the banking industry, octubre de 2012, www.mckinsey.de/html/presse/2012/20121009_pm_global_banking_report.asp consultado el 27 de marzo de 2013.

con los valores fundamentales de la protección de los intereses de los clientes y la satisfacción de las responsabilidades legítimas del banco para con la sociedad en su conjunto. Las políticas y los procedimientos y controles de riesgo deben ser rigurosos y ejecutarse en forma coherente en toda la organización.

- Los ejecutivos deben ser recompensados, no solo sobre la base de la producción de sólidos resultados financieros, sino también basados en altos estándares éticos y de negocios. El enfoque en el cliente debe ser un componente clave de la evaluación del desempeño. Los ejecutivos bancarios también deben ser conscientes de su papel en la economía en general y defender la industria promoviendo activamente los beneficios de un sistema bancario saludable.

- Los directores y ejecutivos bancarios deben atender las preocupaciones de una variedad de partes interesadas: reguladores, inversores, clientes, políticos y el público en general. Si no llegan a tomar la iniciativa en la transformación cultural, el cambio probablemente les sea impuesto por fuerzas externas –poniendo en peligro los modelos de negocio’.

Rainer Neske, miembro del Deutsche Bank, se expresó dentro de este mismo tono, indicando que el valor de los accionistas ya no alcanza como (única) fuente de legitimidad, sino que el valor medible para el cliente debe convertirse en un componente fijo de una estrategia de negocios integrada para legitimar el modelo comercial y recuperar la confianza de la sociedad.¹⁵ Los modelos de incentivos orientados puramente por la rentabilidad serán descartados a favor de modalidades que buscan una “proporción justa”; los beneficios para el cliente y el valor para los accionistas deberán ser parámetros equivalentes en la nueva estrategia comercial y en la matriz de desempeño. El nuevo credo es: solo un banco que genera valor sostenible para el cliente puede generar valor sostenible para los accionistas.

¿Un mundo feliz? ¿Con políticas de proporción justas y donde el valor para los accionistas equivale al valor para los accionistas, y así se solucionan todos los problemas? Los accionistas de los bancos, incluido el Deutsche Bank,¹⁶ sostienen que la modalidad pasada, que según Neske está claramente dirigida de forma total o parcial a las ganancias, no aumentaba el valor para los accionistas; al contrario, el precio de las acciones cayó sustancialmente, y los dividendos pagados a los accionistas eran pobres. En este contexto, la pregunta es: ¿quién se benefició si no los accionistas, y, el antagonismo entre el valor para los accionistas y el valor para los clientes realmente es la pregunta decisiva, o esconde preocupaciones más profundas que requeriría otros instrumentos y soluciones, tales como el fortalecimiento de la posición de los accionistas *vis-à-vis* la administración para asegurarse de que se implemente una estrategia que genere beneficios sostenibles para los accionistas y que los beneficios acaban en los bolsillos de los que asumen los riesgos empresariales (los accionistas), y no en los bolsillos de los empleados altamente remunerados? ¿Es el valor de los accionistas realmente el antagonista para el cliente o el valor de las partes interesadas, o es posible que, al menos en algunos aspectos, apunten en la misma dirección?

Se requiere un análisis profundo de las fuentes y causas de la CFG para evaluar si las nuevas normas proclamadas y su aplicación tienen el potencial de convertirse en cambiadores de juego eficientes, o si pueden ser atacadas como otro conjunto de escaparates. Las cuestiones que hay que abordar en este contexto son, en particular, la transparencia de los productos y servicios en relación con el costo y los riesgos; los conflictos de intereses entre el valor del cliente y los intereses de rentabilidad de los bancos y las agencias de calificación; debida diligencia y evaluación de riesgos adecuada y eficiente tanto de los métodos para las evaluaciones internas como externas; sistemas de incentivos para que los empleados del banco cambian efectivamente su posición de vendedor de productos (con el mayor rendimiento para el banco y para ellos mismos) y adopten el de asesor de clientes. Una respuesta eficaz y creíble requeriría que estas y otras cuestiones fundamentales se abordaran a través de una alteración sustancial de los sistemas, y que la cúpula dirigente enviara un mensaje claro al personal de que las nuevas normas se aplicarán sin excepción. Este mensaje será creíble y exitoso solo cuando no haya incentivos económicos sustanciales o restricciones mantenidas o creados que trabajen en contra de las nuevas reglas. Será un desafío conciliar el interés de maximización de las ganancias del banco por un

15 Rainer Neske, ‘Die neue Legitimation der Banken, Die Bank 05/2010, en www.diebank.de/banking/die-neue-legitimation-der-banken last consultado el 12 de octubre de 2012.

16 Véase Georg Meck, ‘Anshu Jain, Der Banker, der ‘The Deutsche‘ umbaut’ Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung 7 de octubre de 2012.

lado y el valor para el cliente por el otro dentro de la organización. El personal por lo general es muy sensible a los mensajes ambiguos. Es de esperar que las partes interesadas externas, en particular, las agencias gubernamentales, las organizaciones de consumidores o, eventualmente, nuevas agencias de calificación (financiadas por los clientes) pongan a prueba la aplicación de las nuevas normas y vigilen su aplicación y eficacia.

En cualquier caso, el objetivo de toda empresa es generar ganancias; sin embargo, la cuestión fundamental es cómo se generan. Los negocios no operan en el vacío, sino que dependen de los recursos y la concurrencia de la sociedad; en la CFG, los bancos incluso dependieron existencialmente de la voluntad de la sociedad para rescatarlos. La sociedad tiene que definir los estándares y las condiciones relacionadas con las licencias operativas y sociales para su funcionamiento,¹⁷ y tiene que desarrollar medios eficaces para hacer cumplir este marco, tanto para proteger los intereses de otras partes interesadas y la sociedad en general, como también a favor de una economía de mercado en funcionamiento y una competencia no falseada. Además, tratará de proteger y promover la supervivencia de las empresas que se adhieren a los estándares comerciales y éticos sólidos. Incluso Milton Friedman, quien es considerado un liberal neoclásico ‘duro’, reconoció: “No podemos evitar trazar una línea entre aquellos que actúan con responsabilidad y quienes no lo hacen”. Esto significa, sin embargo, que nuestro objetivo final, que es la libertad, es esencialmente ambiguo. El paternalismo es inevitable hacia aquellos que a nuestro modo de ver no actúan con responsabilidad.¹⁸

Entonces, ¿cuál es la relación entre ética y economía? El punto de vista cínico es que la ética trata acerca de las palabras; la economía trata acerca de los resultados. Bien entendida, la RSE implica que la ética trata acerca de los resultados. Los reclamos éticos serán efectivos (solo) cuando se traducen y se integran en el marco en el que operan las empresas.

RSE: ¿salida conveniente o remedio efectivo?

El debate sobre la RSE se centra principalmente en dos cuestiones: (a) la extensión de los deberes empresariales más allá de la maximización de beneficios de integrar las preocupaciones sociales, ecológicas y comunitarias más amplias en el ADN y la estrategia de la empresa; y (b) el cierre de las lagunas de gestión debidas por la globalización, en particular, la creación de normas coherentes aplicables a las operaciones de las empresas de todo el mundo, incluida su cadena de suministro.

Responsabilidad corporativa: ¿más allá de la maximización de beneficios?

La famosa frase de Milton Friedman, ‘El negocio de los negocios son los negocios’, suele ser citada para justificar que una empresa no puede legítimamente perseguir otros fines además de la maximización del beneficio. Sin embargo, sacada de contexto, se pasa por alto el hecho de que Milton Friedman no solo reconoció sino solicitó, como condición previa para una economía de mercado, la existencia de un marco institucional. Según Friedman, el gobierno es necesario para fijar las reglas del juego, para supervisar su cumplimiento, cuidar de su ejecución y resolver conflictos entre partes privadas. Se da cuenta de que hay aspectos, como “los efectos de vecindad”, en los temas ecológicos modernos, que el mercado no puede abordar de manera adecuada, o solo puede hacerlo con un costo tan enorme que los instrumentos políticos son preferibles a las soluciones del mercado.¹⁹ Además de la responsabilidad general de los agentes del mercado de obedecer las leyes, Friedman habla de una ‘responsabilidad social’ específica del titular de un monopolio.²⁰ Su punto de vista sobre la discriminación es lógico y moderno: un empresario que discrimina por razones de raza, religión o similares no solo impone desventajas sobre la persona discriminada, sino también sobre sí mismo. Un empresario que aplica este tipo de preferencias, que no están motivados económicamente, se impone a sí mismo más inconvenientes que un empresario que no discrimina. En un mercado libre, habrá una tendencia a

17 Véase Jan Eijssbouts, ‘Corporate responsibility, beyond voluntarism. Regulatory options to reinforce the licence to operate’ Ponencia inaugural, Maastricht, 20 de octubre de 2011.

18 Milton Friedman, *Kapitalismus und Freiheit* (7ª ed., 1971, Piper, 2010).

19 *Ibid.*, 46 y siguientes.

20 *Ibid.*, 149 y siguientes.

eliminarlo.²¹

Por tanto, es interesante observar que incluso un liberal neoclásico duro como Milton Friedman subraya la necesidad de un marco dentro del cual las empresas pueden y deben operar. Josef Ackermann, el ex presidente del Deutsche Bank, apoyaba a Friedman al afirmar en varias ocasiones que para un mercado de capitales global, se necesitan normas coherentes y aplicables a nivel global.

Por tanto, la pregunta es, ¿quién y qué constituye el marco? El enfoque tradicional, en particular, antes de la ola de la globalización, es a la que señaló Milton Friedman: el gobierno y, en una democracia, los órganos democráticamente legitimados están a cargo del diseño y la aplicación del marco. Esta base bien conocida y sólida, normalmente se conoce como cumplimiento con las leyes aplicables y regulaciones que enmarcan (en particular, en áreas altamente reguladas como la UE o EE.UU.) una amplia gama de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y cuestiones de conducta empresarial, como la corrupción y el lavado de dinero, la protección de datos y las normas antimonopolio.

La CE indicó en su Comunicado del 25 de octubre 2011, denominado “*A renewed EU strategy 2011 – 14 for Corporate Social Responsibility*”,²² que el respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un “requisito previo” para satisfacer las responsabilidades sociales corporativas; pero que no es el fin último. Mientras que la CE había previamente definido la RSE como “un concepto por el cual las empresas integran las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus partes interesadas de forma voluntaria”,²³ La CE ahora promulga una nueva definición de la RSE como “*la responsabilidad de las empresas por su impacto sobre la sociedad*”.²⁴

¿Cuál es la diferencia entre las dos definiciones? ¿Por qué la CE vio la necesidad de reclamar que existe responsabilidad corporativa más allá de los requisitos y las limitaciones contenidos en las leyes aplicables? ¿Este reclamo choca con las leyes comerciales nacionales centradas en los accionistas?

La modalidad de RSE original, desarrollada en el *Green Paper* de la CE de 2001,²⁵ que promovía iniciativas sociales y ambientales “voluntarias” (más allá de los requisitos legales), demostró tener una eficacia limitada. Ciertas empresas adoptaron la RSE como una herramienta para diferenciarse de manera positiva de la competencia en el mercado, otras experimentaron con códigos internos de conducta, con o sin planes de implementación, cumplimiento, auditoría y certificación. Un creciente número de empresas adoptaron los diez principios de RSE del Pacto Mundial de la ONU, la *Business Social Compliance Initiative* o publicaron informes de sostenibilidad de acuerdo a las directrices del Global Reporting Initiative. A pesar de este progreso, la RSE sigue siendo un problema para un pequeño grupo selecto de precursores, principalmente compañías más grandes, y jugadores de nicho.²⁶

Esto no es sorprendente dado que la RSE fue considerada principalmente como una carga adicional, más burocracia; “códigomanía” generada por “códigofatiga” y la ansiedad que genera el potencial de responsabilidad si la empresa no está a la altura de las normas autoimpuestas y proclamadas.²⁷ Como se describe arriba, en una economía de mercado competitiva una empresa asumirá “voluntariamente” responsabilidades adicionales, que (todavía) no son parte del tejido empresarial, solo cuando pueda suponer que, al menos en el largo plazo, tendrá una ventaja competitiva, por ejemplo, un atractivo mayor para los consumidores y los socios de trabajo, una mejor gestión del riesgo, reducción de costos, mejoras de reputación o una ventaja tecnológica. Que tales ventajas se detecten y se consideren lo suficientemente importantes como para embarcarse en un ejercicio de RSE depende en gran medida de las evaluaciones y las actitudes subjetivas que incluyen consideraciones de costo-beneficio. Teniendo en cuenta estos mecanismos, no es de extrañar que la estrategia de la CE basada en la “voluntariedad” solo encontró resonancia limitada y no pudo convertirse en un éxito arrollador.

Además, la línea entre los compromisos voluntarios y obligatorios nunca fue gruesa, teniendo en cuenta la multitud de instrumentos híbridos, tales como los regímenes de comercio de emisiones, los

21 *Ibid.*, 135 y siguientes.

22 COM(2011) 681 final.

23 COM(2001) 366, sin cursivas en el original.

24 Sin cursivas en el original.

25 Véase *supra* nota 20.

26 Sybren C de Hoo, ‘In Pursuit of Corporate Sustainability and Responsibility: Past Cracking Perceptions and Creating Codes’, Ponencia inaugural, Maastricht University, 20 de octubre de 2011.

27 Véase *Kasky v Nike Inc.*, www.businesshumanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/NikelawsuitKaskyvNikeredenialoflabourabuses, consultado el 27 de marzo de 2013.

códigos de gobierno corporativo, la legislación que estipula objetivos sin establecer instrumentos y otras directrices y comunicados de interpretación. La cacofonía de las normas de orientación, códigos e informes de sostenibilidad tampoco ayudó, ya que no se podía dar certeza de que una empresa estaba haciendo lo correcto, o incluso lo mejor, cuando elegía uno de entre muchos conceptos. Finalmente, la vieja modalidad se centró solo en los aspectos negativos de las actividades empresariales y pidió compromisos y limitaciones adicionales, no tuvo en cuenta el lado positivo de la economía de mercado competitiva, y es que las empresas también pueden contribuir a la sociedad de una manera creativa y positiva, por ejemplo, mediante el desarrollo de nuevas tecnologías respetuosas del medio ambiente, planes de empleo creativos y estrategias de negocios sostenibles.

Basándose en estos hallazgos, la nueva modalidad de la CE de definir la RSE como la responsabilidad de las empresas por sus impactos (positivos y negativos) sobre la sociedad es mucho más coherente con una economía de mercado competitiva, en particular, ya que también aborda el potencial positivo y creativo de los negocios y le pide que, como parte de la responsabilidad del negocio, beneficie a la sociedad. La CE, para el disgusto de las organizaciones empresariales europeas, pero consistente con respecto a las conclusiones anteriores de que las alegaciones éticas tienen que integrarse en el marco de negocios (más o menos vinculante) con el fin de ser eficaces, complementa la nueva definición de una agenda de acciones que se extenderá hasta el 2014. El paquete de medidas incluye una combinación de instrumentos, en parte, los siguientes: a) los aspectos de RSE se integrarán en la contratación pública vinculante y otras directivas; b) se exigirá que los estados desarrollen simultáneamente estrategias e instrumentos de RSE e informen sobre su progreso; c) se requerirá a las grandes empresas que adopten normas internacionales, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la norma de orientación ISO 26000 sobre Responsabilidad Social, o las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales; y d) se requerirá a todas las empresas que respeten los derechos humanos tal como se expone en los Principios Rectores de la ONU para los negocios y los derechos humanos.

Estos son los pasos para integrar las preocupaciones en materia de RSE en el marco para la realización de negocios. Las organizaciones empresariales europeas protestaron contra este “endurecimiento” del *soft law* y los sistemas voluntarios. Sobre la base de las conclusiones anteriores, se ha llevado a cabo una acción consecuente para lograr una aplicación más generalizada. La CE tiene previsto requerir un debate intenso y detallado con el fin de desarrollar una orientación realista y manejable y para evitar la asfixia de los negocios por la burocracia, y que las normas legales ya existentes sean parafraseadas como requisitos en materia de RSE o de derechos humanos. Se requerirá un análisis cuidadoso para identificar cuán amplia es la brecha existente entre las leyes sociales y ambientales ya aplicables y las expectativas de la sociedad respecto de la responsabilidad de las corporaciones; y, es justo y necesario discutir quién, en una democracia, tendrá la autoridad para definir “las expectativas de la sociedad”. El papel de las partes interesadas y los llamados “tribunales de opinión pública” merece un intenso debate.

¿POR QUÉ SE CONSIDERA NECESARIA LA RSE?

La discusión de la RSE está estrechamente relacionada con la globalización de la economía en las últimas dos décadas. Si bien en las áreas altamente reguladas, como la UE y EE.UU. la mayoría de los derechos humanos, empleo, y las expectativas de conducta medioambientales y empresariales se explican en detalle en las leyes y reglamentos, y existen planes de ejecución y adjudicación robustos, su alcance se limita generalmente a las actividades comerciales dentro de las fronteras de los Estados nacionales respectivos o del territorio de la UE. La globalización conlleva la externalización y la especificación; una parte considerable de la producción de las empresas occidentales fueron subcontratadas a las filiales o proveedores que operan en los países menos desarrollados, donde los costes de producción eran bajos debido a los estándares de trabajo, de seguridad y ambientales pobres. La empresa de computadoras Apple, por ejemplo, terciarizó su producción parcialmente a Foxconn, que estuvo en los medios debido a condiciones de trabajo desastrosas. Las empresas mineras tienen una parte importante de sus operaciones en los países del Tercer Mundo, y enfrentan a menudo problemas ambientales y de derechos humanos, en particular, con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Las nuevas tecnologías como el Internet, y también el sistema bancario internacional, requieren normas aplicables a sus operaciones en todo el mundo.

Como el derecho internacional vigente con respecto a las normas sociales y ambientales y la conducta empresarial es fragmentario, y nuevos acuerdos, como los relativos al cambio climático, son difíciles de conseguir, se requieren nuevos instrumentos para responder a los retos de la globalización y reducir la brecha entre los países desarrollados con altos estándares sociales, ambientales y de seguridad, por un lado, y los países pobres con estándares bajos o inexistentes, o la falta de cumplimiento eficiente debido a la falta de instituciones sólidas o corrupción, por el otro. El *soft law* como las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que se aplican a las operaciones mundiales de las empresas situadas en países de la OCDE, se tornó imprescindible para superar las brechas de gobernabilidad.

Otra de las razones de la convocatoria de la responsabilidad corporativa mejorada y extendida fue el creciente poder económico y político de las grandes empresas multinacionales. Más de la mitad de las economías más grandes del mundo son corporaciones multinacionales.²⁸ El poder y la responsabilidad fueron considerados como dos caras de la misma moneda. Además, fenómenos como el cambio climático o la CFG aumentaron la conciencia de que se requiere de acción internacional uniforme y coherente por el impacto global del (mal) comportamiento de las empresas. Se consideró necesario el debate sobre la responsabilidad empresarial, a fin de garantizar que las expectativas sociales sean respetadas y tomadas en cuenta (incluso) cuando el alcance de una regulación eficiente y vinculante era demasiado limitado.

¿CREA LA RSE UN CONFLICTO CON EL VALOR DE LOS ACCIONISTAS?

Milton Friedman²⁹ defendió que un empresario solo tiene una responsabilidad (social): maximizar la rentabilidad de la empresa a favor de los accionistas, siempre y cuando se cumplan las normas establecidas del juego. Los sindicatos tienen la “responsabilidad social” de representar los intereses de sus miembros. Según Friedman, todos tenemos la responsabilidad de diseñar una estructura legal que requiere que una persona que ejerce su propio interés, como si estuviera guiada por la mano invisible de Adam Smith,³⁰ logre un objetivo beneficioso para la sociedad que no era necesariamente parte de su intención.

En la medida en que las expectativas de la sociedad con respecto a las preocupaciones sociales y ambientales y la conducta empresarial se detallan en instrumentos jurídicos vinculantes, son parte del marco en el que la búsqueda del valor de las acciones puede tener lugar. Además de regulaciones de empleo y ambientales específicas, el derecho comercial también puede disponer que los directores estén obligados a tener en cuenta, como parte de su deber de diligencia, las preocupaciones de la comunidad.

El Artículo 172 del *Companies Act* [Ley de Empresas] de 2006 del Reino Unido establece que los directores del Reino Unido deben promover el éxito de la empresa en beneficio de sus miembros en su conjunto, y al hacerlo, tener en cuenta:

- las posibles consecuencias de cualquier decisión en el largo plazo;
- los intereses de los empleados de la compañía;
- la necesidad de fomentar las relaciones de la empresa con los proveedores, clientes y otras personas;
- el impacto de las operaciones de la compañía en la comunidad y el medio ambiente;
- la conveniencia de que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta empresarial.

La Nota al Artículo 172 explica que este deber consagra lo que comúnmente se conoce como el principio del “valor del accionista ilustrado”. Teniendo en cuenta los factores enumerados, se aplicará el deber de ejercer un cuidado, habilidad y diligencia razonable (Artículo 174). No será suficiente limitarse solo a los dichos en lo que respecta a estos factores y, en muchos casos, los directores deberán emprender acciones para cumplir con este aspecto del deber.³¹

El *Sarbanes Oxley Act* de 2001 de EE.UU., en respuesta a los escándalos corporativos de Enron, Tyco y WorldCom, obligó al *Securities and Exchange Commission* (SEC) a adoptar requisitos más duros de

28 Véase ‘Die 100 Größten’ Frankfurter Allgemeine Zeitung 4 julio de 2012; Paul Kirchhof, ‘Das Gesetz der Hydra’ 2008, 264 y siguientes.

29 Véase *supra* nota 19, 164 y siguientes.

30 *The Wealth of Nations* (1776), IV, 2, 421.

31 Notas No. 325, 328.

gobernanza corporativa para las sociedades cotizadas en bolsa. En cumplimiento con esta medida, el SEC instruyó a las Bolsas de Valores de Estados Unidos que exijan a las empresas cotizadas en bolsa a adoptar, monitorear y hacer cumplir un código de conducta, que por lo general abarca los temas habituales en materia de RSE.³² El fundamento era la protección de la reputación de la empresa, asegurando de este modo el valor de los accionistas. La sanción era drástica: dejar de cotizar en bolsa.

De manera similar, el Código holandés de Gobierno Corporativo de 2009 adoptó la RSE en el Principio II.1 y la integró a sus disposiciones de mejores prácticas, que están sujetas a la obligación de ‘cumplir o explicar’.³³ El principio establece que el consejo de administración también es responsable de temas de RSE que son relevantes para la empresa. En el desempeño de su función, el consejo de administración se guiará por los intereses de la compañía y sus empresas filiales, teniendo en cuenta los intereses de las partes interesadas de la empresa. Como parte de las mejores prácticas, el consejo de administración presentará al consejo de vigilancia para su aprobación, entre otros, temas de RSE relevantes para la empresa; los elementos principales se mencionarán en el informe anual. La empresa deberá disponer de un sistema interno de gestión de riesgos y control, cuyos instrumentos son, entre otros, un código de conducta, que se publicará en el sitio web y un sistema de supervisión y presentación de informes; se establecerá un acuerdo de denuncia de irregularidades.

En aquellos países en los que los códigos de las empresas no contienen tales declaraciones explícitas, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE de 2004 pueden servir de guía. En las observaciones preliminares, el ámbito de la gestión empresarial se describe de la siguiente manera:

‘Maximizar el valor sujeto al cumplimiento de las obligaciones financieras, legales y de otra índole de la corporación. Esta definición inclusiva hace hincapié en la necesidad de que el consejo de administración equilibre los intereses de los accionistas con los de otros grupos de interés –empleados, clientes, proveedores, inversores, comunidades– con el fin de lograr un valor sostenido de largo plazo’.

La CE declara en su reciente estrategia de RSE que las empresas deben tener en marcha un proceso para integrar cuestiones sociales, ambientales, éticas, y de derechos humanos y consumidores en sus operaciones de negocio y estrategia central en estrecha colaboración con las partes interesadas, con el objetivo de:

- maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para sus otras partes interesadas y la sociedad en general;
- identificar, prevenir y mitigar sus posibles efectos adversos.³⁴

En general se puede decir que incluso cuando no está explícitamente escrito, es parte de la obligación de un director proteger el valor de los accionistas frente a los riesgos, costos y pasivos financieros y de reputación, y también en el largo plazo, tener en cuenta los intereses de otras partes interesadas, porque la imprudencia en este sentido puede resultar en desventajas financieras o, en la pérdida de oportunidades y ventajas competitivas.

Otro aspecto de la RSE, que solo se menciona aquí, es en qué medida deben considerarse las contribuciones de caridad en forma de donaciones, o como participación de la comunidad, (como la construcción de escuelas y hospitales). Milton Friedman desestimó dicha participación como un abuso del capital.³⁵ Pero, por otro lado, las empresas se benefician de una multitud de formas de las comunidades que funcionan bien, por ejemplo, a través de la disponibilidad de contratación de las personas que están bien educadas por instituciones estatales. Como ciudadanos corporativos suelen gastar cantidades reducidas de dinero en las actividades culturales y sociales.

En resumen, se puede concluir que la responsabilidad corporativa va mucho más allá de la maximización del beneficio y comprende las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas; en parte, enunciadas explícitamente en las leyes, en parte implícitamente contenidas como elementos integrales del marco en el que operan las empresas. La responsabilidad corporativa abarca tanto la solicitud de no hacer daño y la expectativa de que la creatividad empresarial se utilice para mejorar las condiciones sociales, ambientales y comunitarias.

³² Véanse los requisitos de gobernanza corporativa de NYSE y Nasdaq; véase también *supra* nota 17, 42.

³³ Véase *supra* nota 17, 41 y siguientes.

³⁴ COM(2011) 681 final, 6.

³⁵ Véase *supra* nota 19, 166 y siguientes.

RSE: ¿armonización de las normas comerciales en todo el mundo?

Como se indicó anteriormente, uno de los principales impulsores de la discusión de la RSE es la brecha entre los altos estándares sociales y ambientales en el llamado Primer Mundo y la protección significativamente menor en los países menos desarrollados, con las empresas multinacionales cortando costos y evitando las altas exigencias de sus Estados de origen mediante la terciarización de la producción y los servicios en los países pobres. Una demanda central de la discusión de la RSE es que las multinacionales no deben abusar de las débiles estructuras de gobernanza de las regiones pobres, sino que deben adherirse básicamente a las mismas normas en su conducta en todo el mundo, aumentando así el nivel de vida de los pobres y evitando daños al medio ambiente en los países menos desarrollados. Aunque la CFG agravó en alguna medida los problemas en los países pobres, tiene un aspecto positivo: puso el foco sobre la responsabilidad corporativa, y esto no se limitó solo al sector financiero.

Varias multinacionales han respondido a esta demanda de normas coherentes en todo el mundo y han firmado directrices internacionales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, o códigos específicos de la industria como la *Business Social Compliance Initiative* (BSCI) para la industria textil o la *Extractive Industries Transparency Initiative* (EITI) para la industria minera, o sus propios códigos autoimpuestos de conducta. Todas estas modalidades contienen normas voluntarias, incluida la supervisión de las organizaciones de auditoría y certificación independientes.

En la Conferencia Anual de la IBA en Dublín en octubre de 2012, los representantes de algunos países africanos afirmaron que la RSE es un escape conveniente para las multinacionales de enfrentar sus responsabilidades reales, ya que solo se adhieren voluntariamente a ciertas normas (o no) y asumen que cumplen con su responsabilidad social mediante la construcción de escuelas y hospitales para las comunidades en las que operan sin atender las peticiones básicas para obtener mejores condiciones de trabajo, salarios más altos y la protección del medio ambiente y la comunidad. También se señaló que en muchos países las filiales de las multinacionales son asociaciones público-privadas, como Shell en Nigeria. Se dijo que en estas situaciones, donde el Estado es al mismo tiempo empresario y regulador, el Estado se enfrenta a un conflicto de intereses inherente, que a menudo se resuelve a costa de la aplicación de las reglamentaciones.

Otros rechazan la RSE como un enfoque paternalista de las empresas occidentales y preferirían ver un empoderamiento de los sindicatos locales y los grupos de la sociedad civil para reclamar y luchar eficazmente por sus propios derechos y por la protección del medio ambiente según su propia definición. La crítica proveniente de los países islámicos sigue esta misma línea; algunos rechazan el concepto de los derechos humanos por considerarlos una emanación de la cultura occidental y parte de una estrategia imperialista, en particular, de EE.UU. Ellos afirman que les gustaría explicar sus expectativas respecto a la responsabilidad de las empresas en función de sus propios valores culturales y normas. Para una empresa multinacional que se adhiere a los valores occidentales esta afirmación puede crear un conflicto.

Uno de los problemas más acuciantes es cómo los estándares sociales y ambientales pueden ser más estrictos para proteger a los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente en los países pobres.

Las instituciones financieras como el Banco Mundial y la *International Finance Corporation* marcan tendencias importantes dado que su financiación generalmente depende de la adhesión y la aplicación de toda una serie de normas de gobernanza social, de seguridad, ambientales y corporativas que forman parte de los acuerdos de financiación y se convierten de esta manera derecho “duro” y contractualmente exigible.

La gestión de la cadena de suministro también puede ser un traductor eficaz de normas de RSE en los países pobres, dado que los requisitos en materia de RSE se suelen explicitar en el procedimiento de contratación y se convierten a partir de entonces en una parte de los contratos de suministro, a menudo combinados con los requisitos de debida diligencia, auditoría y certificación.

Otro aspecto, también vinculante para las empresas multinacionales en relación con sus actividades en los países menos desarrollados es la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales (occidentales), bien conocida en el campo de la corrupción, pero también discutida con respecto a las normas ambientales para que las empresas occidentales deban cumplir con las leyes nacionales de su Estado

de residencia en el extranjero y puedan ser sancionadas por violaciones cometidas fuera de su país de origen, de acuerdo con sus leyes nacionales, por sus gobiernos de origen.

Un fenómeno relativamente nuevo es que los ciudadanos de los países africanos presentan demandas en tribunales estadounidenses y europeos contra las empresas matrices occidentales en base a la alegación de que sus filiales violan los derechos humanos en los países de origen de los demandantes. En *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, la Corte Suprema de EE.UU. tuvo que decidir si los demandantes nigerianos podían buscar protección legal contra Royal Dutch Shell en los tribunales de EE.UU. por violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas por una filial de Shell en Nigeria, en base al *Alien Tort Statute* [Ley de Daños Cometidos en el Extranjero] de EE.UU. La lista de los escritos de *amicus curiae*, también en nombre de las organizaciones empresariales europeas, muestra la importancia económica eminente de esta pregunta; en particular, los negocios no basados en Estados Unidos tienen miedo de ser objeto de los enormes daños punitivos asignados por los tribunales estadounidenses.³⁶ Shell se enfrenta a demandas de indemnización adicionales presentadas por los agricultores nigerianos en los tribunales de Holanda y del Reino Unido por la contaminación por petróleo del medio ambiente en el Delta del Níger. El Tribunal de La Haya admitió el reclamo de cuatro campesinos nigerianos que son apoyados por la organización ecologista holandesa Milieudefensie. El caso de La Haya es un precedente, que puede tener un gran impacto, ya que miles de agricultores están sufriendo de la contaminación por petróleo en el Delta del Níger, y muchas empresas multinacionales tienen su sede en Holanda.³⁷

Resumen y perspectivas

Además de todos los impactos negativos, la CFG también generó un resultado positivo: dirigió la atención hacia la responsabilidad corporativa. En una economía de mercado competitiva, los requisitos éticos, sociales y ambientales deben traducirse al marco de operación (posible) de las empresas. En áreas altamente reguladas como América del Norte o la Unión Europea, las expectativas de la sociedad son en su mayoría escritas en las leyes, con el apoyo de planes de ejecución y adjudicación robustos. La CFG reveló, sin embargo, que en lo que respecta al sector bancario, el marco era insuficiente y defectuoso. Las nuevas normas legales y de negocios traerán un cambio efectivo únicamente si abordan los conceptos básicos, en particular, los mecanismos económicos y planes de incentivos. Los requisitos de responsabilidad corporativa más allá de la maximización del beneficio y valor para el accionista son legítimos, incluso cuando no se explican de manera explícita en las leyes sociales y ambientales; pueden mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los países pobres y reducir el impacto medioambiental negativo de las multinacionales en las regiones menos desarrolladas; pueden incentivar el potencial creativo de las empresas y usar los mecanismos de la competencia para desarrollar soluciones y tecnologías más sostenibles.

Veremos una integración cada vez mayor de las preocupaciones éticas, sociales y ambientales en el marco y la dirección de la conducta empresarial, y también vamos a escuchar más de la discusión sobre la aplicación extraterritorial o el efecto de las leyes nacionales y sobre la situación de los ciudadanos del tercer mundo que aspiran a hacer a las empresas matrices responsables en los tribunales del Primer Mundo por presuntas violaciones del medio ambiente o de los derechos humanos cometidas por sus filiales en los países del Tercer Mundo.

36 Véase 'Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Volker Beck ua' BT DS 17/9867 v 5.6.2012; Escrito de la República Federal de Alemania como *Amicus Curiae* en apoyo de los demandados el 2 de febrero de 2012 y Escrito Complementario de Volker Beck y Christoph Strässer, miembros del Parlamento de la República Federal de Alemania, *Amici Curiae* en apoyo a los demandantes; véase también *Chandler v Cape plc*, (2012) EWCA Civ 525, www.business-humanrights.org; la sociedad dominante respondió de forma directa ante los empleados de su subsidiaria, sobre la base de un deber de diligencia.

37 Véase *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 12 de octubre de 2012; www.tagesschau.de/shell114.html, consultado el 27 de marzo de 2013.

Capítulo 11

Los Roles de los Abogados en la Dirección de la Gobernanza Corporativa y Responsabilidad Para Abordar la Injusticia y Desigualdad Social

Profesor Bryan Horrigan¹

Introducción

La pregunta fundamental para los profesionales del derecho a nivel global

¿Los profesionales del derecho a nivel global están preparados para tomar acción para enfrentar la pobreza a nivel nacional e internacional como aspecto integral de las responsabilidades socio-éticas, profesionales y hasta jurídicas de la profesión?² En otras palabras, ¿pueden los abogados prestar servicios plenos a los pobres, los sin techo, y los que tienen otras necesidades en todos los niveles importantes dentro de un sistema jurídico plenamente funcional? Esto implica aceptar a los miembros de estas comunidades como clientes (incluso en términos *pro bono*) a los que se les deben obligaciones, como miembros desaventajados de las comunidades locales dentro del ámbito de las responsabilidades sociales empresariales propias de los profesionales del derecho, como partes interesadas cuyas vidas son afectadas para bien o para mal por las acciones recomendadas por abogados, y como ciudadanos a quienes la denegación del acceso a la justicia y a los derechos humanos básicos gozados por la clase media y adinerada ponen seriamente a prueba la administración de justicia y el estado de derecho.

Pocas preguntas contemporáneas de la profesión jurídica son tan fundamentales y –para algunos abogados– tan desafiantes como estas. La fraternidad jurídica global y aquellos que la regulan y usan sus servicios debe aceptar plenamente los roles multidimensionales y las responsabilidades de los abogados en este inmenso proyecto global de luchar contra la pobreza.

Enmarcar las preguntas fundamentales de esta forma es importante desde cinco niveles diferentes pero conexos. Primero, expresadas en estos términos, estas preguntas sugieren que hay un hilo que conecta lo que hacen (o no hacen) los abogados y las empresas con el objetivo final de aliviar, y hasta erradicar, la pobreza. En otras palabras, la acción o inacción de los profesionales del derecho a nivel

¹ Profesor Bryan Horrigan, Decano, Facultad de Derecho, Monash University, Melbourne, Australia.

² Este artículo extrae y expande trabajos previos del autor sobre RSE transnacional y gobernanza corporativa, concentrándose más particularmente en el derecho y la pobreza. Esto se logra mediante el prisma de conexiones entre la RSE y la gobernanza corporativa, las empresas comerciales (incluidas las organizaciones jurídicas) y los derechos humanos, y los roles y responsabilidades de los profesionales jurídicos y empresariales, todos en la lucha contra la pobreza y a favor de una sociedad justa gobernada por el estado de derecho.

global impacta sobre las personas afectadas por la pobreza y sus efectos –el hambre, la desnutrición, la enfermedad y la denegación de derechos humanos básicos.

Segundo, estas preguntas traen a la luz la idea de que la universalización de los derechos humanos no puede prosperar en el derecho sin la realización de los derechos humanos actualmente denegados a las poblaciones masivas de todo el mundo que viven en condiciones de pobreza. Los múltiples derechos humanos que están íntegramente conectados con la erradicación de la pobreza incluyen los derechos socio-económicos (p. ej., el derecho a la subsistencia diaria, el trabajo digno, salarios mínimos, educación básica, vivienda segura, etc.) y con los derechos políticos y civiles relacionados (p. ej. la libertad de expresión, defensa, asociación y movilidad).

Tercero, las preguntas que se hacen desde afuera llevan la atención hacia la consideración, regulación y conducta de las empresas, las instituciones financieras y otros participantes del mercado en la satisfacción de las necesidades socio-económicas (incluida la erradicación de la pobreza) bajo condiciones pos-CFG. Esto se justifica mediante el rol conjunto que desempeñan las finanzas, la inversión y el derecho en el alivio de la pobreza o, alternativamente, en la exacerbación de las condiciones de pobreza.

Cuarto, las preguntas requieren abordar la gobernanza corporativa contemporánea, la responsabilidad y la sustentabilidad que atraviesan las áreas y prácticas distintivas que generalmente se asocian con nociones como la gobernanza corporativa, responsabilidad social empresarial (RSE), ‘la triple línea de referencia’,³ la inversión socialmente responsable (ISR) y la referencia a consideraciones ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) en los asuntos corporativos, financieros y de inversiones. Por último, estas preguntas no solo apuntan a los roles y responsabilidades clave de este inmenso proyecto para los abogados en todas las ramas de la profesión jurídica global –en los gobiernos, tribunales, academias jurídicas, Colegios de Abogados y estudios jurídicos, y empresas y ONG–, sino que también destacan que el éxito de este proyecto no es posible sin esfuerzos colectivos en toda la profesión y con otros en roles gubernamentales, empresariales y sociales clave.

El lado humano de estas dimensiones y conceptos debe ser confrontado. Cuando decimos en abstracto que las leyes tienen roles regulatorios, de asesoramiento, litigiosos y otros relativos a las empresas comerciales (incluidas las leyes como un emprendimiento de negocios en sí mismo) que pueden mejorar o empeorar las condiciones de las comunidades afectadas por la pobreza y, por lo tanto, promover o desvirtuar la plena universalización de los derechos humanos, estas abstracciones a menudo ocultan la dura realidad de la pobreza en sus niveles globales, locales y personales. Una vez que hacemos la asociación entre la responsabilidad social de los profesionales del derecho, las empresas comerciales, los derechos humanos y la pobreza, esta nueva lente les permite a los abogados y otros ver algunos de los aspectos convencionales de su trabajo desde una perspectiva no convencional.

Por ejemplo, una corporación multinacional cuyas acciones relativas a su cadena global de suministros y distribución implican la explotación del medioambiente, la comunidad y los empleados locales de una economía en desarrollo, no solo enfrenta, debidamente, un riesgo a su reputación, sino también un posible castigo por parte de la comunidad por ser un violador de derechos humanos y promotor de la pobreza. Las políticas públicas y acciones comerciales en un rincón del planeta que contribuyen a la especulación en las inversiones en los mercados financieros globales de alimentos básicos, producción agropecuaria y otros recursos, también contribuyen a la pobreza, el hambre y la enfermedad.⁴ Los abogados que se toman en serio la RSE y los derechos humanos también deben ver a la pobreza como un aspecto central de los derechos humanos y de la responsabilidad social.

La necesidad de replantear los roles de los abogados y las responsabilidades en la lucha contra la pobreza

Se necesitan cambios de perspectiva paradigmáticos para lograr la aceptación en el pensamiento dominante de la conexión entre la pobreza, el derecho y las responsabilidades correlativas de los abogados. En otros contextos relacionados, ya se han producido cambios paradigmáticos similares en el

³ John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business* (Capstone Publishing 1999).

⁴ Véase, p. ej. ‘The Economics of Curbing Speculation in Food, Water and Vital Resources’, CSRWire Daily News Alert, 30 de noviembre de 2012.

replanteo de responsabilidades individuales y colectivas. Por ejemplo, considérese primero la relación entre las armas nucleares y las responsabilidades socio-éticas. Más allá de su valor paradigmático, la política de disuasión nuclear de oriente y occidente durante la Guerra Fría y sus secuelas no puede sobrevivir a un escrutinio socio-ético serio luego de ser expuesta como una seria violación a los principios de moralidad común que trascienden las fronteras nacionales y eras históricas.⁵ Una vez expuesta la inmoralidad intrínseca de la política de destrucción mutua asegurada (DMA, la política de disuasión), debido a su amenaza inherente a muchas vidas civiles, los comandantes de los submarinos nucleares y líderes políticos de países con armas nucleares tienen responsabilidades socio-éticas de no usar, o incluso no amenazar con usar, estas armas.⁶

A continuación, se retomará la conexión entre las armas nucleares y las responsabilidades socio-éticas a través del prisma de derechos humanos. La universalización de los derechos humanos cobra una importancia inimaginable, incluso más allá de la Segunda Guerra Mundial del siglo XX, debido a las atrocidades sufridas por los derechos humanos y otros crímenes de guerra cometidos en el marco de ese conflicto. En su último libro, Jeffery Robertson QC unifica todas estas dimensiones en su afirmación de que debemos abandonar cualquier complacencia respecto de las armas nucleares luego de la Guerra Fría, tomarnos en serio el riesgo de que algún Estado rebelde tenga armas nucleares, y replantear nuestra respuesta a este riesgo como una amenaza fundamental a los derechos humanos universales, y no simplemente como una cuestión de desarmamiento y derecho internacional humanitario.⁷

Esto está lejos de ser un argumento académico esotérico, debido a que ‘las armas nucleares en sí mismas violan los derechos humanos más fundamentales, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, y pronto estarán al alcance de hombres cuyos abusos contra sus propios pueblos son bárbaros’.⁸ Las imágenes evocadoras y conclusión de Robertson revelan claramente el cambio paradigmático de perspectiva necesario para que se arraiguen las medidas correctivas, dada la importancia imperativa asignada a los derechos humanos universales en el siglo XXI: ‘A menos que las armas nucleares sean vistas a través del prisma de los derechos humanos, y que la capacidad de construir estas armas le sea denegada a los violadores de los derechos humanos y luego a todos los otros Estados, tarde o temprano el invierno nuclear cambiará el clima, incluso antes de que lo haga el cambio climático’.⁹

¿Es posible que estemos al borde de comprender las verdaderas conexiones entre otro desafío geopolítico (es decir, la pobreza global), los derechos humanos y el derecho, con responsabilidades correlativas colectivas e individuales para las profesiones jurídicas y empresariales? Desde muchos frentes, cada vez tienen un mayor reconocimiento la responsabilidad y las respuestas conjuntas de las organizaciones de los sectores públicos, privados y comunitarios como la única solución viable para el espectro de problemas globales ‘maléficos’, de los cuales el alivio y la eventual erradicación de la pobreza de todas las comunidades (incluidas las comunidades que son parte de la cadena de suministros y distribución) en las que comercia cualquier empresa (incluidos los estudios jurídicos) no es un tema menor. Las empresas de todo tipo tienen responsabilidades sociales empresariales.¹⁰ Estas responsabilidades implican el reconocimiento y la práctica de apoyar los derechos humanos. La pobreza está interconectada con las preocupaciones por los derechos humanos. Es inevitable arribar a la conclusión de que la universalización de los derechos humanos solo puede prosperar si las profesiones jurídicas y empresariales desempeñan su rol, y éstos no pueden ser plenamente ejercidos si la pobreza se mantiene en los niveles actuales mundiales.

El impacto de la CFG y el entorno empresarial del siglo XXI

El comienzo y las continuas secuelas de la CFG de 2008–2009 nos recuerdan, oportunamente, de la necesidad de vigilancia para asegurar que los sistemas y prácticas de gobernanza corporativa y

5 John Finnis, Joseph Boyle y Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (Clarendon Press 1987).

6 *Ibid.*, 347–354.

7 Geoffrey Robertson, *Mullahs without Mercy: Human Rights and Nuclear Weapons* (Vintage Books 2012) 6, 11, 341; Karren Kissane, ‘Crusading Lawyer Drops a Bomb or Two’ *The Saturday Age* (Melbourne) 8 de diciembre de 2012, 16.

8 *Ibid.*, 6.

9 *Ibid.*, 11.

10 Para mayores argumentos e ilustraciones, véase, p. ej., Bryan Horrigan, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century: Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business* (Edward Elgar 2012).

responsabilidad estén puestos en función del equilibrio adecuado de los intereses de la sociedad en la forma correcta. La CFG también trae a la luz cuestiones multidimensionales relativas al equilibrio entre los mercados libres y la intervención regulatoria, la relación entre la democracia y el capitalismo, la interdependencia de las economías desarrolladas y en desarrollo, y la interacción entre las empresas y la sociedad.

Por lo tanto, la CFG y sus secuelas persistentes dirigen la atención nuevamente hacia las concepciones y prácticas de gobernanza en todos los niveles de la sociedad. 'La gobernanza en sentido amplio está abierta al debate –el rol del Estado, la cooperación internacional, el ámbito de la regulación prudencial, el rol de los consejos directivos y, en particular, los procedimientos de gestión de riesgos y requisitos de adecuación de capital están todos bajo cuestionamiento', en la evaluación concisa de un destacado académico anglo-australiano de derecho corporativo y gobernanza.¹¹

Todas estas cuestiones se relacionan con la gobernanza, la regulación y el comportamiento de las organizaciones comerciales de todo tipo, desde las empresas multinacionales (EMN) y sus redes globales de suministros y distribución y clientes, hasta las empresas medianas (EMS), las nuevas empresas sociales y las sociedades del sector público, privado y comunitario (incluidas las ONG). A su vez, estas conexiones traen a la luz sus propias cuestiones sobre la variedad de roles que desempeñan los abogados en esta gran empresa global. Entonces, a raíz de la CFG, y de la explotación de mercados, el financiamiento irresponsable y el *securitisation* que ella expuso, además de los daños socio-económicos que de ello resultan, se pueden hacer preguntas legítimas sobre los múltiples roles que todas las ramas de la profesión jurídica pueden desempeñar para fomentar una nueva modalidad para abordar la gobernanza corporativa, responsabilidad y sustentabilidad a nivel mundial y así aliviar la injusticia y la desigualdad social en general, y la pobreza y todas sus privaciones en particular.

Tres conceptos básicos que deben aceptar los abogados

Hacer avanzar esta agenda es imposible si no planteamos tres ideas fundamentales, y actuamos en función de ellas. La primera idea es que el desafío global de enfrentar exitosamente la pobreza es ahora un punto de referencia fundamental para el éxito o fracaso de la universalización de los derechos humanos, independientemente de las dimensiones o caracterizaciones que posean la pobreza y los derechos humanos. La segunda idea es que la confrontación de las causas subyacentes y efectos de la pobreza sobre las comunidades locales de todo el mundo como un aspecto de los derechos humanos fundamentales es ahora cuestión de responsabilidad social para las empresas comerciales de todo tipo, desde las EMN, las EMS y otras empresas comerciales (incluidos los servicios profesionales, estudios jurídicos, consultoras jurídicas y asociaciones de profesionales del derecho) hasta las empresas estatales, instituciones transnacionales y órganos comunitarios y, por lo tanto, forma parte de una modalidad nueva, esencial y realmente transnacional para la gobernanza corporativa, responsabilidad y sustentabilidad en el siglo XXI. La tercera y última idea es que todas las ramas de la profesión jurídica cumplen roles importantes, que coexisten e interactúan, para confrontar la pobreza global como parte de una responsabilidad social más amplia y rendición de cuentas de los profesionales del derecho a nivel global en su totalidad, especialmente (aunque no exclusivamente) en las interacciones entre los abogados, los negocios y los derechos humanos. Si los abogados aceptan estas ideas, también deben aceptar la responsabilidad de actuar en consecuencia con ellas.

Aceptar esta responsabilidad implica que los abogados deberán resolver cuestiones relativas a sus deberes éticos, profesionales y jurídicos. Por ejemplo, ¿pueden los abogados evitar la responsabilidad por el impacto dañino del derecho sobre los derechos humanos y las condiciones relacionadas de pobreza en base a sus obligaciones profesionales para con sus clientes, tal como se las concibe en la actualidad? Las oportunidades y dilemas en este nivel se pueden ilustrar de la siguiente manera:

'Cada vez más se 'identifica y repudia' a los estudios jurídicos en base a quiénes representan y asesoran. Un ejemplo reciente gira en torno a la deuda soberana agravada o 'fondos buitres', que tienen por objeto a los países pobres que buscan el alivio de la deuda internacional, compran su deuda, y a menudo justo antes de que las deudas deban ser amortizadas, para luego demandar

¹¹ John Farrar, 'The Global Financial Crisis and the Governance of Financial Institutions' (2010) 24(3) Australian Journal of Corporate Law 227.

al país por el importe total.

‘El Experto Independiente en Deuda Externa de las Naciones Unidas declaró que estos juicios pueden tener un efecto adverso importante sobre los derechos humanos en los países pobres, ya que desvían fondos que de otra forma podrían haber sido destinados a la salud, el agua, el saneamiento, los alimentos, las viviendas y la educación. Varios estudios jurídicos londinenses recibieron publicidad negativa por perseguir el cobro de estos reclamos en los tribunales y, desde entonces, algunos han declarado que no actuarán en beneficio de aquellas entidades cuando estén llevando adelante este tipo de transacciones. En respuesta a la controversia, el Reino Unido recientemente promulgó una ley que limita la disponibilidad de los tribunales para los juicios por cobros de fondos buitres.

‘Sin embargo, es un principio fundamental de los profesionales jurídicos que los clientes tienen derecho a la representación y el asesoramiento jurídico, más allá de si el abogado concuerda o no con los fines perseguidos por el cliente. Esto es central a la mayoría de las nociones sobre el acceso a la justicia y el estado de derecho, que es la base de la responsabilidad empresarial del respeto por los derechos humanos. Asimismo, las obligaciones de los estudios jurídicos de servir fielmente a los intereses del cliente, y de mantener el secreto profesional, están insertadas en los estándares jurídicos profesionales que los abogados juraron obedecer’.¹²

Estas son cuestiones serias que resultan problemáticas para los abogados bien intencionados y que merecen ser resueltas en todas sus dimensiones éticas, profesionales y jurídicas. Sin embargo, independientemente de estas preocupaciones, lo decisivo es que los abogados deben evitar la complicidad en la violación de derechos humanos.¹³ Los abogados enfrentan elecciones sobre la selección y representación de ciertos tipos de clientes y las circunstancias bajo las cuales acceden, o no, a su representación. Cada vez más la trayectoria virtuosa de los estudios jurídicos es investigada, o bien como parte del escrutinio realizado por el público y las ONG respecto de la irresponsabilidad de las organizaciones en la era digital, o como parte de auditorías realizadas por los mismos clientes de los estudios jurídicos para evaluar a su prestadores de servicios profesionales.

Ni los contenidos de los códigos de ética y las obligaciones profesionales de los abogados, ni el imperioso principio de brindar a los clientes asesoramiento jurídico en vez de comercial o ético, pueden imposibilitar una consideración profunda de las posibles consecuencias sobre los derechos humanos u otros daños que podrían hacerse a las comunidades locales afectadas por las acciones de los clientes, especialmente bajo las condiciones comerciales del siglo XXI, donde los riesgos políticos, regulatorios, financieros, sociales y otros pueden figurar legítimamente en el asesoramiento profesional. Por último, sea cual sea el resultado de esas reflexiones sobre sus propias posturas socio-éticas y obligaciones para con los clientes, los abogados también tienen obligaciones para con su profesión y la administración general de la justicia, que generan otras funciones y responsabilidades de los abogados en materia de derechos humanos y pobreza, incluida la promoción y la reforma jurídica y política que hace más difícil, y no más fácil, para cualquier empresa explotar a los pobres y obtener ayuda jurídica ‘neutral’ al hacerlo.

Formulación de las funciones de los profesionales del derecho en la lucha contra la pobreza

Categorización de las funciones del abogado

El Derecho lleva muchos disfraces —el de una disciplina académica (es decir, el derecho como objeto y perspectiva de estudio), el de una profesión (es decir, la profesión jurídica), el de empresa (por ejemplo, un estudio jurídico rentable), el de sistema (es decir, un sistema jurídico), de parte del gobierno (por ejemplo, los tribunales con facultades legislativas o las legislaturas), de bien público (por ejemplo, la justicia social) y de elemento central de la gobernabilidad democrática (es decir, el

12 Artículo de discusión, ‘Law Firms’ Implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights’, A4ID (Lawyers eradicating Poverty), noviembre de 2011, 17.

13 Sobre esto y los puntos subsiguientes de este párrafo, véase la discusión y las acciones sugeridas en: Artículo de discusión, ‘Law Firms’ Implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights’, Advocates for International Development (Lawyers eradicating Poverty), noviembre de 2011, 17–23.

estado de derecho). En el contexto actual, todas las ramas de la profesión jurídica deben fidelidad a los ideales de orden superior de la ley. Para todas las ramas de la profesión jurídica en general, esto significa tomar en serio su compromiso implícito con los bienes públicos de la elaboración de leyes, la reforma de la ley y la justicia social en el marco del estado de derecho, de manera que sigan el ritmo de la gobernabilidad democrática del siglo XXI y la reglamentación; esto incluso podría extenderse más allá de las iniciativas dignas existentes llevadas adelante por los profesionales del derecho en su conjunto.

Las diversas funciones posibles para los profesionales del derecho en esta gran empresa de la justicia global se pueden resumir para los propósitos de esta discusión de la siguiente manera. Cada rama de la profesión jurídica global tiene un rol que desempeñar en cada función, en un grado u otro. En ese sentido, los roles se centran en las funciones, y no en el abogado. Es importante destacar que ninguno de estos roles es general. Si bien hay muchas maneras en las que los abogados de todo el mundo pueden contribuir individual o colectivamente a la solución de la pobreza mundial, el énfasis principal está en el hilo conductor entre la responsabilidad social de los abogados en relación con la contribución de las empresas comerciales (incluidos los estudios jurídicos y otras organizaciones legales como empresas comerciales) con la erradicación de la pobreza global como un aspecto de los derechos humanos universales.

Desde esta perspectiva, los diferentes roles de las distintas ramas de la profesión jurídica global en este contexto se pueden caracterizar de la siguiente manera:

- la construcción de teorías, investigación y becas;
- alfabetización jurídica y cívica;
- la elaboración de leyes y otras normas;
- políticas y promoción pública;
- la educación y la formación jurídica;
- asesoramiento legal interno y externo;
- adjudicación, ejecución y seguimiento;
- compromisos de justicia social individuales.

Jeffrey Sachs, el Asesor Especial del Secretario General de la ONU sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que se centran directamente en enfrentar la pobreza en todo el mundo, ofrece un punto de partida adecuado desde el cual empezar a examinar los roles y responsabilidades de los abogados de todo el sector público, privado y de la comunidad para hacer frente a la pobreza en condiciones pos-CFG:

‘El mercado tiene algunos elementos de equidad básicos: el trabajo duro puede producir un ingreso más alto; la pereza es castigada (p)ero la equidad del mercado no debe ser exagerada... Regiones enteras de América y otros países se han enfrentado a una profunda crisis económica debido a los cambios en las condiciones del mercado global que están mucho más allá del control de nadie. En todos estos casos, el mercado puede ser brutalmente poco sentimental, dejando a los pobres a morir a causa del hambre, de enfermedades y del abandono, a menos que la sociedad de un paso adelante a través del gobierno o socorro de beneficencia.

Al igual que hay muchas personas que no merecen su pobreza, hay muchas otras que no merecen su riqueza... Los banqueros de Wall Street se llevaron decenas de miles de millones de dólares en bonos navideños cada año en el período previo a la crisis financiera de 2008, mientras conducían a sus empresas a la bancarrota. Varios de los directores ejecutivos mejores pagos de Estados Unidos en la última década condujeron a sus empresas a la ilegalidad, la quiebra, o ambas cosas al mismo tiempo.

Sorprendentemente, incluso cuando Wall Street requería transferencias gubernamentales para mantenerse a flote en 2009, los megabonos persistían (y la Casa Blanca hizo la vista gorda porque Wall Street había financiado la campaña de Obama de 2008)...

A pesar de las afirmaciones de los defensores del libre mercado, prácticamente todas las sociedades a lo largo de la historia han organizado medios gubernamentales para asegurar el apoyo a los más pobres. La mayoría también ha colocado una responsabilidad especial en los ricos para que paguen su parte. Hasta los últimos dos siglos, sin embargo, la magnitud de

la pobreza era tan penetrante que a menudo no había mucho que la sociedad pudiera hacer realmente por los pobres, más allá de la ayuda de emergencia (en el caso de una hambruna, por ejemplo). Ahora, con nuestra gran afluencia, podemos hacer mucho más. De hecho, he sostenido en *The End of Poverty* que en realidad podríamos erradicar la pobreza extrema de una vez por todas en nuestra generación si los ricos aceptaran su parte de los esfuerzos para ayudar a elevar la educación, la salud y la productividad de los pobres'.¹⁴

Independientemente de lo que cada uno opine de la conclusión de Sachs, hace conexiones y plantea cuestiones, incluso en estos breves párrafos, que son difíciles de ignorar para los abogados en términos de sus responsabilidades sociales, organizacionales e individuales en relación con la pobreza. Los abogados tienen roles en las organizaciones públicas, privadas y comunitarias que pueden ayudar a erradicar la pobreza. Los abogados también tienen un papel como asesores internos y externos de las corporaciones y otras empresas comerciales que van a las preguntas básicas de la responsabilidad corporativa, la rendición de cuentas y la responsabilidad por los efectos de la pobreza en las comunidades afectadas por estas empresas. Los abogados operan dentro de instituciones reguladoras, cuyas acciones, directa o indirectamente, impactan sobre las comunidades pobres, y cuyos defectos se revelan en las fallas regulatorias colectivas de todo el mundo, que contribuyen a fenómenos como la CFG. Los abogados facilitan las transacciones comerciales, se dedican a la defensa pública para los clientes y llevan a cabo otras actividades que producen o frenan las leyes y otras formas de regulación que directa o indirectamente afectan a la pobreza de alguien, en algún lugar del mundo. Los abogados que se toman en serio el compromiso de la organización con la RSE o un compromiso individual con la justicia social pueden hacer varias cosas que podrían mejorar las condiciones de pobreza, hambre, enfermedad, y demás.

Un paso importante que atraviesan muchas de las actividades precedentes de los abogados se aplica a los abogados en todas las ramas de la profesión jurídica y consta de participar de las iniciativas de establecimiento de normas que abordan el problema de la pobreza. Estas iniciativas de establecimiento de normas deben desarrollarse bajo las condiciones actuales de gobernanza y regulación, donde los actores gubernamentales y no gubernamentales contribuyen a una variedad de leyes de *soft law* y *hard law*. En la forma de la democracia del siglo XXI, esto incluye la participación de los abogados en los aspectos del proceso democrático cristalizado por el juez Stephen Breyer de la Corte Suprema de EE.UU. para la *American Society of International Law* en 2003. En opinión del juez Breyer, existe una alianza activa de académicos, profesionales y otros grupos no gubernamentales comprometidos con los actores no gubernamentales en el establecimiento de normas que finalmente resultan en leyes nuevas y reformadas.

Una coalición similar de intereses en los planos nacional e internacional participan en una variedad de iniciativas para establecer normas aplicables a múltiples actores que producen *soft law* que luego recibe el apoyo suficiente para transformarse *hard law*. Este punto de vista de conformación de la ley orgánica de 'abajo hacia arriba' (y no de 'arriba hacia abajo') es otro objetivo de la evolución contemporánea de la democracia desde el simple gobierno de la mayoría a una forma de ciudadanía más comprometida, que el juez Breyer describe desde el punto de vista estadounidense de la siguiente manera:

'Por último, el derecho transnacional que se está creando no es simplemente un producto de los redactores de los tratados, legislaturas o tribunales. Nosotros en Estados Unidos sabemos muy bien que en una democracia, el derecho, tal vez la mayor parte del derecho, no se decreta desde arriba, sino que se propaga hacia arriba desde los públicos interesados, grupos afectados, especialistas, legislaturas, y otros, todos los cuales interactúan a través de reuniones, artículos de revistas, prensa popular, audiencias legislativas, y de muchas otras maneras. Ese es el proceso democrático en acción. La norma llega mucho tiempo después de que este proceso ha estado en marcha. Las decisiones judiciales, en particular de nuestra Corte [Suprema de EE.UU.], funcionan mejor cuando la norma es lo último llegar, después de que la experiencia ha hecho que las consecuencias de la legislación sean evidentes'.¹⁵

14 Jeffrey Sachs, *The Price of Civilization: Reawakening Virtue and Prosperity after the Economic Fall* (Vintage 2012) 39–40.

15 Stephen Breyer, 'The Supreme Court and the New International Law' (Discurso pronunciado en el Omni Shoreham Hotel, Washington, DC, 4 de abril de 2003).

Otro paso necesario es que los abogados en todas las ramas de la abogacía, apoyen o emprendan la investigación necesaria para estudiar y abordar los vínculos entre el derecho, los derechos humanos y la pobreza. Esta investigación incluye la construcción de teorías interdisciplinarias e interjurisdiccionales para la reforma de la legislación nacional e internacional y de las políticas públicas, la evaluación basada en evidencia de la regulación existente y sus lagunas, y estudios de caso sobre el impacto de la arquitectura legal, financiera y de inversión sobre los derechos humanos y la pobreza.

A pesar de toda la atención que ahora se le da, por ejemplo, a la RSE, al ASG y a las preocupaciones de derechos humanos y las herramientas correlativas para la toma de decisiones en inversión y generación de informes empresariales, las grandes áreas de la relación entre las finanzas, la inversión y el derecho en torno a estas preocupaciones se encuentran relativamente al margen de la investigación, el establecimiento de normas y las medidas correctivas.¹⁶ Las medidas existentes de toma de decisiones y presentación de informes relacionados con la RSE no se ocupan de la mayor parte del daño socio-económico (como la pobreza) causado por los préstamos irresponsables, las hipotecas *sub-prime*, la titularización de la deuda y otras medidas financieras y de seguridad que la GFC ha puesto en duda.

Por lo tanto, los abogados tienen muchas funciones diferentes en una variedad de capacidades públicas, organizativas y personales, las cuales se relacionan con la interacción entre las empresas y la sociedad en formas que aborden la desigualdad social y la injusticia. En particular, estas funciones y capacidades rigen sobre facetas discretas de una modalidad holística e integrada para la gestión empresarial, la responsabilidad y la sostenibilidad. Este enfoque tiene mucho que ofrecer en la conexión de la función del derecho y las normas, el trabajo de los abogados y los desafíos mundiales en curso en el logro de la prosperidad socio-económica y de la sociedad civil.

Por esa razón, el resto de este capítulo se centra principalmente en dos funciones y responsabilidades clave de los abogados que afectan a la pobreza. Se refieren a los abogados como asesores profesionales de clientes cuyas actividades mejoran o agravan las condiciones que rodean a la pobreza, y a los abogados como miembros de organizaciones legales, que, como empresas comerciales en su propio derecho, deben respetar los derechos humanos cuyo cumplimiento o abuso también afecta la pobreza. En ambos casos, una lente legal y normativa sobre la gobernanza corporativa y la RSE permite ver, a través del prisma de la responsabilidad de las empresas por los derechos humanos, importantes perspectivas sobre algunas de las formas más dramáticas en las que los abogados pueden hacer algo acerca de la pobreza.

Roles de la academia jurídica

La rama académica de la profesión jurídica en todo el mundo cumple una variedad de funciones en la enseñanza, la investigación y el desarrollo de políticas públicas que alinean la buena gobernanza corporativa y la responsabilidad con las metas sociales de erradicación de la desigualdad social y la injusticia. Esto incluye la inculcación de la ética de la responsabilidad social, empresarial y profesional en las facultades de derecho y de ciencias empresariales, promoción pública y liderazgo de pensamiento en el desarrollo de modelos y reglamentación adecuadas para los préstamos responsables y negocios, y contribuciones a investigaciones basadas en disciplinas e interdisciplinarias que facilitan la colaboración empresarial con la prosperidad socio-económica, así como la contención ante la irresponsabilidad corporativa y daños.

A pesar de la considerable atención que las facultades de ciencias empresariales y la bibliografía de negocios de todo el mundo han prestado, luego de la CFG, a la mayor necesidad de una ética empresarial en materia de educación, formación y práctica empresarial, se le ha dado relativamente menos importancia a la cuestión de la ética jurídica y la responsabilidad profesional de los abogados en la promoción de la responsabilidad corporativa y, a la inversa, en la prevención de la irresponsabilidad corporativa. En este caso, las llamadas contemporáneas para el 'valor compartido', 'valor del accionista ilustrado' y el capitalismo compasivo, responsable y sostenible reflejan la lucha por encontrar nuevas formas de entender la relación entre las empresas, los mercados y la sociedad en el siglo XXI.

Por ejemplo, la conversión al 'valor compartido', el éxito empresarial a largo plazo, las prácticas

¹⁶ Mary Dowell-Jones and David Kinley, 'Minding the Gap: Global Finance and Human Rights' (2011) 25(2) *Ethics & International Affairs* 183.

empresariales sostenibles y la participación significativa de las partes interesadas cierran la brecha entre los intereses centrados en los accionistas, los intereses de la sociedad y los verdaderos factores de éxito empresarial en la sociedad. De esta manera, el valor real de la empresa para la sociedad se ve en términos de éxito empresarial sostenible, y su interdependencia con los sistemas sociales más amplios. Esto tiene implicaciones de correlación para la operación de la empresa y su relación multidimensional con la pobreza, sobre todo en la forma de los consumidores pobres, empleados y comunidades pobres a lo largo de la cadena de valor de una empresa comercial.

Funciones de los profesionales de la justicia

La rama práctica de la profesión jurídica en general, a través de la opinión pública, los sectores privados y comunitarios, también desempeña una variedad de funciones en lo que respecta a la conexión de los aspectos públicos, profesionales y personales del trabajo jurídico en relación a los intereses más amplios de (in)justicia y (des)igualdad social. Los abogados dentro del gobierno tienen un papel importante que desempeñar en la elaboración de políticas, la elaboración de leyes y la investigación reglamentaria y de ejecución que rodea tanto la conducta empresarial responsable e irresponsable a nivel nacional y en el extranjero. Las cortes, los tribunales y los reguladores oficiales desempeñan funciones de interpretación, aplicación y ejecución de los negocios, el consumo y otras leyes, con sensibilidad a sus efectos sobre la sociedad.

Del mismo modo, las empresas legales y multidisciplinarias de servicios profesionales cumplen una función importante como 'guardias' en la facilitación de la conducta empresarial responsable del cliente, junto con los roles de liderazgo de pensamiento en la promoción de políticas públicas y la innovación normativa en este ámbito. Por ejemplo, muchos estudios jurídicos ahora tienen áreas de práctica en la gobernanza corporativa, la rendición de cuentas y la responsabilidad que se relacionan con cuestiones más amplias relativas a los efectos de los negocios sobre la sociedad. Como empresas comerciales en su propio derecho, muchos estudios de servicios legales y profesionales, bufetes de abogados, y otras organizaciones jurídicas son responsables frente sus clientes y otros grupos por sus enfoques organizativos en materia de responsabilidad social y sostenibilidad ambiental.

En particular, los abogados y sus organizaciones tienen un rol importante para ayudar a sus clientes y sus propias organizaciones a implementar el Marco de la ONU y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, especialmente teniendo en cuenta la relación entre los derechos humanos y la justicia socio-económica de las comunidades afectadas por las empresas para mejor o peor. En sus diversas capacidades individuales e institucionales, los abogados con experiencia pertinente en los diversos sectores también pueden unirse a otros participantes en múltiples iniciativas de establecimiento de normas del siglo XXI que se centran en la empresa responsable en la sociedad. En consecuencia, luego de la CFG, las funciones de asesores jurídicos internos de una corporación (por ejemplo, los abogados corporativos) y de asesores jurídicos externos (por ejemplo, estudios jurídicos) en esta gran empresa de la erradicación de la pobreza se pueden ver como eslabones de una cadena circular entre el derecho, la gobernanza corporativa, la RSE, los derechos humanos y la pobreza.

Como en cualquier negocio, los abogados en la práctica comercial deben comprometerse progresivamente con las diferentes órdenes de la RSE. También deben relacionar su compromiso con la RSE con su gama de obligaciones profesionales. Estas obligaciones se adeudan a los clientes, los tribunales, la profesión en su conjunto, la administración de justicia y el interés público general. Si la pobreza es importante para la ley y la justicia –y, de hecho, lo es– como una preocupación fundamental de la justicia socio-económica, el acceso a la justicia civil y penal, y el estado de derecho, entonces, la pobreza también debe figurar en algún lugar de las obligaciones profesionales de los abogados.

Las funciones de los abogados comprometidos con la regulación de la gobernanza corporativa, asesoría y adjudicación

El establecimiento de estándares para la gobernanza corporativa se basa en las buenas prácticas del pensamiento de gobernanza corporativa y el comportamiento en todas las jurisdicciones. Por lo tanto, esta área de preocupación es una cuestión para los legisladores corporativos, responsables políticos y

reguladores, incluidos los tribunales y los abogados que trabajan con ellos. Los abogados y los jueces involucrados en el arte de hacer y evaluar argumentos sobre asuntos de derecho corporativo pueden obtener una visión más amplia de lo que se ha discutido y decidido en otros lugares, sobre todo cuando hay nuevas leyes, cuestiones no resueltas o nuevas aplicaciones. En algunas economías en desarrollo, la referencia a la legislación corporativa y la jurisprudencia de otros países está autorizada oficialmente para fines instructivos en la interpretación y el desarrollo del derecho corporativo propio de ese país.¹⁷

Incluso en los sistemas de regulación corporativos maduros que comparten un patrimonio transnacional y una metodología adjudicativa común como sistemas de *common law*, similitudes y contrastes en los problemas legales empresariales, los argumentos judiciales y en las sentencias de distintas jurisdicciones pueden ser instructivas para poner a prueba y desarrollar los límites del derecho corporativo. Este es un asunto para los jueces, juristas y abogados corporativos que buscan explorar los límites del desarrollo y la aplicación del derecho corporativo. Aquí, el grado en que el derecho corporativo y la gobernanza permiten o requieren tener en cuenta los intereses de las partes es importante en materia de responsabilidad de las empresas respecto de los derechos humanos, incluido el impacto sobre los pobres en todas las comunidades afectadas por cualquier tipo de negocio.

Por otra parte, la globalización progresiva del derecho mediante referencias que realizan tribunales competentes a nivel nacional y sub-nacional del derecho internacional y extranjero implica que los tribunales entre las diferentes jurisdicciones también forman parte de una empresa transnacional más amplia en la fertilización cruzada y la modelización de los enfoques del derecho corporativo, sus resultados y reforma. Para los países con la tradición del *common law*, esta amplia empresa se extiende más allá de la referencia común a las sentencias de un país u otro por parte de los tribunales del Reino Unido, Canadá, Australia y otros, e incluso más allá de la herencia común de las doctrinas y prácticas de derecho corporativo en el *Commonwealth of Nations*.¹⁸

Incluye también, por lo menos, un cuerpo emergente de derecho comparativo sensible a la RSC tanto dentro como fuera del derecho corporativo, y un conjunto transnacional políticas públicas y conductores de regulación (p. ej., la facilitación de las consideraciones de ASG en las decisiones de inversión) que están penetrando la conducta empresarial y el derecho corporativo por igual. Estos acontecimientos plantean cuestiones en virtud del derecho corporativo sobre el alcance de los deberes de los directores para permitir o incluso requerir referencias a los derechos humanos y a otros grupos interesados, especialmente en materia de debida diligencia en derechos humanos (DDDH) y otras reformas empresariales señaladas por el mandato del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, identificadas por el Profesor John Ruggie de Harvard, como se describe a continuación en este capítulo.

Categorización de las dimensiones jurídicas de la pobreza

La ONU y las agencias nacionales identifican ahora de lleno la pobreza como una cuestión fundamental de 'acceso a la justicia'.¹⁹ Por lo tanto, todos los abogados deben afrontar y tomar en serio en sus responsabilidades y acciones la incómoda realidad de que el derecho y la pobreza están indisolublemente ligados, para bien o para mal. Esta conexión se puede afirmar simple y claramente, de la siguiente manera: 'El derecho causa y extiende la pobreza –y la pobreza causa y extiende los problemas jurídicos'.²⁰

El pionero de los microcréditos y las empresas sociales en el mundo en desarrollo, y ganador del Premio Nobel, Muhammad Yunus, explica la conexión entre la pobreza y los derechos humanos cruda

17 Por ejemplo, el artículo 5(2) de la actual *South African Companies Act* [Ley Empresarial de Sudáfrica] estipula que: '(e)n la medida apropiada, un tribunal de interpretación o de aplicación de esta Ley puede considerar el derecho comercial extranjero'. Además, la protección constitucional de los derechos humanos también es un tema importante para el derecho corporativo de Sudáfrica, dado que el Artículo 5(1) establece que el *Companies Act* debe interpretarse de acuerdo con sus propósitos designados que, según el Artículo 7, incluyen 'promover el cumplimiento de la Declaración de Derechos de lo dispuesto en la Constitución, en la aplicación del derecho comercial'.

18 Véase, p. ej., Angelo Capuano, 'The Realist's Guide to Piercing the Corporate Veil: Lessons from Hong Kong and Singapore' (2009) 23(1) *Australian Journal of Corporate Law* 56.

19 Véase, p. ej., Magdalena Sepulveda, 'Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights', UN Doc A/67/278 (9 de agosto de 2012).

20 Editorial, 'Justice and Poverty' (2012) 37(4) *Alternative Law Journal*, 220.

y simplemente así: ‘La pobreza es la ausencia de todos los derechos humanos’.²¹ Similarmente llama la atención sobre las formas desiguales en las que los sistemas legales y financieros perjudican a los pobres y los mantiene sin poder de acceso a las oportunidades que constituyen derechos humanos básicos de todos, de la siguiente forma:

‘Si los pobres pueden tener la oportunidad de salir de la pobreza, depende de nosotros eliminar las barreras institucionales que hemos creado a su alrededor. Debemos eliminar las absurdas normas y leyes que hemos creado y que tratan a los pobres como no entidades ... El problema que descubrí en Bangladesh –la exclusión de los pobres de los beneficios del sistema financiero– no se limita solo a los países más pobres del mundo. Existe en todo el mundo. Incluso en el país más rico del mundo, muchas personas no se consideran solventes y por lo tanto no pueden participar plenamente en el sistema económico’.²²

La conclusión es que los abogados deben aceptar la triste realidad acerca de la posición no neutral que ocupan como participantes en cualquier sistema y el rol cargado de valores del derecho en la lucha contra la pobreza. Una vez que identificamos las diversas formas en que las instituciones, las estructuras jurídicas y el contenido de la ley ‘impactan de manera desproporcionada y perjudicial sobre los pobres, los marginados y los desfavorecidos’,²³ podemos avanzar hacia la resolución de las diversas formas en que la justicia civil y penal exacerba o ayuda a las condiciones de los pobres:

‘(L)as personas que viven en la pobreza y se enfrentan con el sistema de justicia penal se ven privadas de los medios para impugnar las condiciones de su arresto, detención, juicio, condena, procesamiento y liberación. En los asuntos civiles y administrativos, donde la justicia gratuita no está disponible, a las personas que viven en la pobreza a menudo se les niega el acceso a la justicia en asuntos concernientes a los bienes, los pagos por asistencia social, vivienda social y desalojos, y asuntos de familia, tales como la custodia de los hijos’.²⁴

Las conexiones entre el derecho, la pobreza y los derechos humanos también se están elaborando cada vez más en los principales documentos normativos. El vínculo indivisible entre la pobreza, los derechos humanos y el acceso a la justicia se cristaliza en el informe de la ONU de 2012 por el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, de la siguiente forma:

‘(L)a interdependencia de todos los derechos humanos es inequívoca al considerar la situación de las personas que viven en la pobreza, que es a la vez causa y consecuencia de una serie de violaciones mutuamente reforzantes de los derechos humanos. La erradicación de la pobreza extrema no solo requiere de la mejora del acceso a la vivienda, alimentación, educación, servicios de salud, agua y saneamiento, sino que también requiere asegurar que las personas que viven en la pobreza tengan los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de todo el espectro de los derechos humanos.

El acceso a la justicia es crucial para abordar las causas fundamentales de la pobreza, la exclusión y la vulnerabilidad, por varias razones’.²⁵

La relación entre el derecho y la pobreza, vista a través del prisma de los derechos humanos, afecta lo que los estudios jurídicos y otras organizaciones jurídicas hacen como empresas comerciales en su propio derecho. Este es un aspecto de cómo las empresas abordan las cuestiones de derechos humanos. En este nivel, las responsabilidades y el desempeño de los abogados no siempre cumplen con los parámetros establecidos para otras empresas, como se desprende de los últimos análisis internacionales del rol de los estudios jurídicos en este espacio:

‘[Los estudios jurídicos] apenas están comenzando a lidiar con el hecho de que, como negocios, tienen sus propias responsabilidades de no infringir en los derechos humanos a través de sus propias operaciones y a través de sus relaciones comerciales. Esto requiere una mirada más cercana de sus prácticas con respecto a los empleados, las cadenas de suministro y los clientes.

...

En cuanto a los estudios jurídicos y los derechos humanos, una investigación de los 100 estudios

21 Muhammad Yunus, *Creating a World Without Poverty: Social Business and the Future of Capitalism* (PublicAffairs 2007) 239.

22 *Ibid.*, 49.

23 Véase *supra* nota 20.

24 *Ibid.*

25 Véase *supra* nota 19, 3 [4].

jurídicos más grandes del mundo indica que:

- Ninguno parece haber publicado una declaración de políticas de alto nivel comprometiéndose a respetar los derechos humanos en la gestión de sus negocios.
- Solo un pequeño puñado de estas empresas se han inscrito en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, cuyos dos primeros principios se refieren específicamente a los derechos humanos.
- Solo dos de estos estudios jurídicos han publicado informes de responsabilidad corporativa de acuerdo con las directrices de la Iniciativa de Información Global, que contiene los indicadores clave de rendimiento relacionados con los derechos humanos.
- Solo un estudio jurídico parece haber publicado su política con respecto a las cadenas de selección de clientes y suministros.²⁶

En resumen, las condiciones de pobreza afectan, y a su vez son afectadas, por el acceso a la justicia, los derechos humanos y otros aspectos del estado de derecho a nivel nacional e internacional. Por lo tanto, surgen roles y responsabilidades para las profesiones jurídicas y empresariales. El enfoque de todos los negocios hacia los derechos humanos engloba las respuestas a la pobreza en toda la cadena de valor empresarial y en todas las comunidades donde la empresa opera o deriva beneficios. Cuando menos, esto se aplica a los abogados dentro de sus propias organizaciones jurídicas como parte de su propia responsabilidad social empresarial (o RSE) en general y su modalidad para afrontar el respeto empresarial para los derechos humanos en particular. Estos puntos cobran aún más importancia a la luz de la agenda del siglo XXI inspirada en las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, de la superposición contemporánea de la gobernanza corporativa y la RSE, y del surgimiento de los derechos humanos (y por lo tanto la pobreza y su relación con los derechos humanos) como las principales preocupaciones en materia de gobernanza corporativa y RSE.

Desde este punto de vista, ¿qué funciones deberían cumplir todas las ramas de la profesión jurídica a raíz de la CFG para promover el tipo de responsabilidad corporativa y financiera que marca la diferencia en el alivio de la pobreza como una dimensión básica de la universalización de los derechos humanos? La respuesta a esa pregunta depende de los cambios en el entorno regulatorio de negocios del siglo XXI y las reorientaciones correlativas de la gobernanza corporativa y responsabilidad, como se describe abajo.

La gobernanza del siglo XXI y el marco regulatorio para la acción contra la pobreza

Cambios en la orientación de la gobernanza y la regulación

Parte de cambiar la forma en que pensamos acerca de las responsabilidades de los abogados, empresas o cualquier otra persona consiste en cambiar la forma en que pensamos acerca de la gobernanza y la regulación social y global. El nuevo paradigma para esto se puede describir de muchas maneras. En otra obra, el autor lo describe en términos de gobernanza que trasciende al gobierno, regulación que trasciende al derecho y la responsabilidad que trasciende la exigibilidad.²⁷ La gobernanza, la regulación y la responsabilidad de las organizaciones en todos los sectores y fronteras ahora se sienta dentro de un marco de este tipo, al igual que lo hacen las funciones correlativas y responsabilidades de las empresas y los abogados para con la RSE, los derechos humanos y la pobreza.

Los efectos de la GFC agravan las condiciones de pobreza, injusticia social y bienestar económico que componen a los retos geopolíticos y el cambio climático, el desarrollo sostenible, el libre comercio y la inversión, la prosperidad socio-económica e incluso la RSE, como se identificó en las últimas cumbres del G8 y del G20. Al mismo tiempo, hay más marcos, normas y modelos para negocios social y ambientalmente responsables que nunca antes en la historia humana. Estas herramientas han sido desarrolladas en la era de la gobernanza y la transición regulatoria en múltiples frentes, que implica una serie de instituciones y actores estatales y no estatales, y dando lugar a una variedad de leyes y otras normas que afectan a la interacción entre las empresas y la sociedad.

²⁶ Véase *supra* nota 12, 2, 7.

²⁷ Bryan Horrigan, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century: Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business* (Edward Elgar 2012).

Otro desafío consiste en comprender cómo los cambios en la gobernanza y la regulación de la sociedad del siglo XXI, como resultado de una multiplicidad de actores sociales gubernamentales y otros, afectan e incluso restablecen las condiciones de contratación de las responsabilidades sociales e individuales. Esta es una era de gobernanza y regulación 'intersistémica' y de 'redes' por coaliciones de múltiples partes interesadas a través de los sectores públicos, privados y comunitarios a nivel nacional y global, sin perjuicio del papel que el gobierno sigue desempeñando en estos asuntos.²⁸

Los Estados-nación y los gobiernos siguen siendo fundamentales para todos los sistemas gobernanza, regulación y responsabilidad,²⁹ pero hay cambios fundamentales en curso respecto de cómo los gobiernos se involucran con las personas y cómo las personas responsabilizan a los que detentan el poder institucional por el uso y el abuso de poder y sus consecuencias sobre la vida. Mientras que los gobiernos y las instituciones multilaterales (p. ej., la ONU, OCDE y OMC) permanecen firmemente en el timón de un gran desarrollo de políticas públicas nacionales y globales, cada vez más instituciones y actores no estatales están dando pasos hacia adelante, especialmente a través de múltiples partes interesadas, iniciativas de establecimiento de normas y mecanismos extra-gubernamentales de análisis de la sociedad.³⁰

Los cambios en la orientación de la democracia

La democracia en sí está siendo remodelada para que sus instituciones formales sean más susceptibles a los mecanismos de lo que se describe como 'deliberativa', 'participativa' y 'monitorizada'.³¹ Esto implica la rendición de cuentas ante el pueblo por el gobierno de turno y todas sus ramas por su adhesión a las condiciones previas democráticas de la sociedad, en términos que no se limitan a las visitas periódicas a la cabina electoral.³² Aquí, estamos en la transición desde un enfoque casi exclusivo sobre la democracia mayoritaria y 'gobierno por representantes'³³ a adoptar un 'gobierno por discusión',³⁴ y 'concepción asociativa de la democracia'³⁵ y de la gobernanza a través del monitoreo de orden múltiple de todos los ejercicios institucionales de poder sobre el pueblo en la nueva era de la 'democracia monitorizada'.³⁶

Su ascenso refleja lo que el Profesor John Keane describe como 'la creencia de millones de personas de que elecciones periódicas, partidos competitivos y asambleas parlamentarias, a pesar de ser una herencia importante, simplemente no eran suficiente para hacer frente a los demonios del poder inexplicable'.³⁷ También los órganos y actores de gobierno son expuestos a las normas mejoradas para la impugnación pública, la deliberación y la justificación de sus decisiones y acciones oficiales.³⁸ De hecho, al menos algunos de los valores y mecanismos de la democracia deliberativa posiblemente se aplican más allá del dominio público a los dominios corporativos y cívicos también, sobre todo en la promoción de 'los objetivos de la democracia deliberativa para la sociedad en su conjunto'.³⁹ De esta manera y otras, las instituciones formales de la democracia están asignando múltiples responsabilidades a través de múltiples sectores para múltiples electorados, a través del establecimiento de una amplia gama de normas e iniciativas de seguimiento por parte de las múltiples partes interesadas.

Ejemplos recientes del establecimiento de normas globales de relevancia a la relación triangular entre la desigualdad socio-económica y la injusticia, la gobernanza corporativa y la responsabilidad, y

28 Véase, p. ej., Robert Ahdieh, 'From Federalism to Intersystemic Governance: The Changing Nature of Modern Jurisdiction' (2007) 57(1) Emory Law Journal 1, 2, 5, 7.

29 Véase la «modalidad estadocéntrica relacional» descrita en Stephen Bell y Andrew Hindmoor, *Rethinking Governance: The Centrality of the State in Modern Society* (Cambridge University Press 2009).

30 Véase, p. ej., John Keane, *The Life and Death of Democracy* (WW Norton 2009) 688–689.

31 Sobre la 'democracia deliberativa', véase Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton University Press 2004); Sobre la 'democracia monitorizada', véase Keane, *supra* nota 30.

32 Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press 1996).

33 Véase *supra* nota 30, xviii.

34 Amartya Sen, *The Idea of Justice* (Harvard University Press 2009), 324.

35 Ronald Dworkin, *Justice For Hedgehogs* (Harvard University Press 2011), 384.

36 Véase *supra* nota 3, xxxiii.

37 *Ibid.*, 868–869.

38 Véase *supra* nota 31.

39 Suzanne Corcoran, 'The Corporation as Citizen and as Government: Social Responsibility and Corporate Morality' (1997) 2(1) Flinders Law Journal 53, 33–34.

las funciones de los abogados en la sociedad civil incluyen iniciativas clave de la ONU (p. ej., el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Objetivos del Milenio de Naciones Unidas, los Principios para la Inversión Social, Principios para la Inversión Responsable, y Marco de la ONU y los Principios Rectores para Empresas y Derechos Humanos (Mandato de Ruggie)), normas de la OCDE (p. ej., Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que incorporan las normas comerciales y de derechos humanos resultantes del Mandato de Ruggie), la última estrategia de la UE para 2011-2014 sobre la RSE, y estándares internacionales como ISO26000 (Responsabilidad Social). Los regímenes nacionales de reglamentación empresarial aún se quedan atrás de tales iniciativas, con pocas excepciones notables.

Sin embargo, en el entorno empresarial global del siglo XXI después de la CFG, hay una correspondencia más estrecha entre las necesidades de la política pública de las economías interdependientes, la gama de palancas legales y normativas de otro tipo disponibles para los gobiernos y otros con un interés en los impactos laborales sobre la sociedad, y modelos regulatorios y empresariales emergentes que integran la organización, el mercado y las preocupaciones sociales. Esta alineación es una característica sistémica fundamental que sustenta las respuestas legales y regulatorias eficientes y eficaces a los retos conexos de la pobreza, el desarrollo sostenible, la desigualdad socio-económica y la injusticia, y la falta de cumplimiento de los derechos humanos.

Los cambios en la orientación de la gobernanza corporativa y la responsabilidad

Tales acontecimientos del siglo XXI también son parte de una transición en curso de una vieja ética de gobernanza corporativa y responsabilidad (al menos en algunas de las principales economías desarrolladas) centrada sobre la relación triangular entre las empresas, las juntas y los inversores, hacia una nueva ética de múltiples factores de éxito empresarial sostenible que involucra múltiples distritos electorales a través de múltiples líneas organizativas, sectoriales y jurisdiccionales. A medida que nuevas interdependencias económicas, sociales y ambientales se están cumpliendo, producen respuestas en las expectativas de la comunidad y el comportamiento, las políticas públicas y la regulación y modelos de negocio y controladores.

A través de los sectores públicos, privados y comunitarios, esto se traduce en una convergencia de las ideas y prácticas tradicionales de la gobernanza corporativa con las formas cambiantes de la RSE y las normas conexas, tales como el uso de consideraciones de ASG en la toma de decisiones de inversión y corporativa. De esta manera, las preocupaciones de RSE, ASG, ISR y cuestiones conexas se convierten en preocupaciones principales de gobernanza de la organización, el modelado de negocios y las oportunidades de mercado competitivas y evaluaciones de riesgo, con implicaciones para los papeles sociales de las empresas y las personas que brindan asesoramiento y regulación.

La regulación y práctica de la gobernanza corporativa responde a las recientes interacciones entre las normas nacionales, transnacionales y globales que afectan a los negocios en múltiples niveles.⁴⁰ El pensamiento interjurisdiccional y la práctica de una buena gobernanza corporativa aporta al diseño e implementación de normas y regulaciones para la gobernanza corporativa. En los sistemas de regulación empresarial anglo-americanos, que en términos generales se suscriben al capitalismo de mercado, el valor del accionista y la supervisión del consejo de administración, el derecho que rige los deberes y las defensas de los directores es cada vez más un dominio en el que se ejercen algunas de estas presiones externas. Veamos, por ejemplo, el debate de la política pública transnacional sobre las diferentes justificaciones posibles para exigir que los directores corporativos tengan en cuenta los intereses de las partes interesadas y las responsabilidades sociales más amplias. Estas justificaciones se centran en bajar a la tierra esta toma de decisiones de los directores corporativos en contextos alternativos, como un pacto social tradicional entre todos los actores de la sociedad, una licencia nacional de la sociedad acerca de las condiciones bajo las cuales una empresa puede funcionar, un aspecto de la RSE y ética empresarial, una acción que está permitida pero no requerida por ley, o un nuevo concepto de éxito empresarial sostenible en la sociedad.

Al mismo tiempo, la regulación corporativa nacional tiene, cada vez más, los posibles puntos de interacción con el derecho internacional económico, las normas transnacionales de las finanzas y

40 Sobre el fenómeno general de la interacción entre las normas locales, municipales e internacionales en la globalización de los ordenamientos jurídicos, véase, p. ej., Paul Schiff Berman, 'From International Law to Law and Globalization' (2005) 43 Columbia Journal of Transnational Law 485.

la inversión, y los marcos globales que afectan a la actividad empresarial multinacional, incluido el establecimiento de normas internacionales de los derechos humanos y las empresas (como se detalla a continuación). También es sensible a los cambios en curso en la tensión entre las responsabilidades de supervisión y gestión de las juntas directivas como un componente esencial de la gestión empresarial.

Todo esto pone presión sobre nuestros marcos de referencia convencionales. Económicamente, la visión angloamericana tradicional de las empresas es que existen para servir a los intereses de los accionistas que invierten los recursos financieros en ellas. En el momento en que muchas de nuestras ideas y leyes sobre las empresas se formaron, era fácil ver cómo el propietario-gerente, quien invirtió todo el capital financiero en una fábrica, propiedad de su empresa, podía aspirar a cosechar las recompensas financieras por sí solo, mientras su impacto para mejor o peor era solo local. Sin embargo, ¿hasta qué punto las ideas y las leyes sobre las empresas que se han desarrollado principalmente para la expansión industrial pueden servir al mundo de hoy de grupos transnacionales corporativos, cadenas de suministro y distribución en el extranjero, redes de múltiples partes interesadas, perfiles de inversores institucionales e individuales y múltiples formas de capital humano, intelectual y social?⁴¹

Las primeras décadas del siglo XXI han sido testigo de nuevos desafíos teóricos a la noción prevaleciente de primacía de los accionistas, valor y maximización de la riqueza que podría decirse que subyace en gran parte la regulación y prácticas de gobernanza corporativa angloamericana.⁴² Considerado desde la perspectiva de la academia, estos retos provienen de fuentes tan variables como la oposición interdisciplinaria de teorías normativas, centradas en los accionistas, de gobernanza corporativa, los debates acerca de la sostenibilidad y los límites del capitalismo de mercado, y nuevas convocatorias de ‘valor compartido’⁴³ y otros modelos de vinculación empresarial con la sociedad en sustitución de la modalidad empresarial típica.

Lo que aún permanece en duda es el grado en que las nociones de ‘valor compartido’ y capitalismo socialmente sostenible representan amenazas a las normas, centradas en los accionistas, de gobernanza corporativa y el éxito empresarial o son simplemente diferentes formas de satisfacer a los accionista o incluso de redefinirlos. Después de todo, incluso uno de los opositores más citados de la RSE, Milton Friedman, una vez sostuvo que su famosa declaración de que ‘la responsabilidad social de las empresas es aumentar sus ganancias’ era equivalente al argumento de un defensor de la RSE de que ‘la corporación iluminada debe tratar de crear valor para *todos* sus destinatarios’.⁴⁴

Sin embargo, actualmente hay, por lo menos, una renegociación académica y normativa de los términos del compromiso entre la gobernanza corporativa y la RSE. A su vez, esto se corresponde con la nueva normativa de los negocios y los derechos humanos. A medida que hacemos y comprendemos estas conexiones, las implicaciones para la pobreza y las acciones de los abogados se vuelven más claras.

Cambios en la orientación de la RSE

Los acontecimientos recientes en Europa, en las jurisdicciones angloamericanas y en otros países implican una tendencia regulatoria transnacional cada vez mayor hacia una alineación más cercana entre la RSE y la gobernanza corporativa. Estas tendencias se siguen e ilustran desde perspectivas disciplinarias legales y de otro tipo por la nueva doctrina que pone de relieve las similitudes y contrastes de los principios y otros establecimientos de normas en todas las jurisdicciones.⁴⁵

41 Sobre los límites del modelo basado en la fábrica industrial de las empresas como guía para el pensamiento de gobernanza corporativa del siglo XXI, su reglamentación y práctica, véase Jay A Conger, Edward E Lawler III and David Finegold, *Corporate Boards: New Strategies for Adding Value at the Top* (Jossey-Bass 2001) 147–148; Margaret M Blair, ‘Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century’ en Thomas Clarke (ed.), *Theories of Corporate Governance: The Philosophical Foundations of Corporate Governance* (Routledge 2004) 184.

42 Para una defensa prominente de la norma basada en accionistas en los sistemas de regulación corporativos maduros en todo el mundo que ha generado mucho debate académico, véase Henry Hansmann y Reinier Kraakman, ‘The End of History for Corporate Law’, en Jeffrey Gordon and Mark Roe (ed.), *Convergence and Persistence in Corporate Governance* (Cambridge University Press 2004).

43 Véase, p. ej., Michael Porter and Mark Kramer, ‘Creating Shared Value: How to Reinvent Capitalism – and Unleash a Wave of Innovation and Growth’ *Harvard Business Review* enero–febrero de 2011, HBR Reprint R1101C.

44 Véase fuentes y análisis en Horrigan, *supra* nota 27, 92–93.

45 Véase, p. ej., Bryan Horrigan, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century: Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business* (Edward Elgar 2012); Michael Kerr, Richard Janda y Chip Pitts, *Corporate Social Responsibility: A Legal Analysis* (LexisNexis 2009).

Las consideraciones de RSE están permeando al menos algunos aspectos del derecho corporativo a través de las jurisdicciones, así como otros aspectos de la regulación de las empresas. Incluso la regulación convencional y la práctica de la gobernanza corporativa y responsabilidad puede afrontar las preocupaciones relacionadas con la RSE en áreas tales como los derechos y las defensas de los directores, los informes corporativos anuales, el cumplimiento de la ley y la debida diligencia, las propuestas de los accionistas, los mecanismos de participación de interesados, las decisiones de inversión y de las normas de gobernanza corporativa. Esto se suma a la integración de los derechos humanos en el cumplimiento corporativo, la debida diligencia y sistemas de gestión de riesgos y de información de la organización en virtud de las diversas normas de la ONU y otras normas mundiales que se discuten a continuación.

El viejo paradigma mantuvo a la RSE separada y marginada de las preocupaciones fundamentales del derecho corporativo y su relación con el éxito empresarial, los estándares jurídicos y la eficiencia del mercado como medios para el fin de la equidad social, eficiencia y eficacia. En otras palabras, la RSE en las formas limitadas era percibida y ejecutada en gran parte como un complemento adicional voluntario, considerada en gran medida únicamente desde la perspectiva de la empresa, desvinculada de cualquier interdependencia real en los aspectos más amplios de la gobernanza y la regulación social, y era lo primero que se reducía o arrojaba por la borda en tiempos económicos difíciles. El nuevo paradigma es testigo de la integración de la RSE dentro de la práctica estándar de negocios, de gobernanza de la organización y de regulación y derecho corporativo.

Los eventos normativos recientes entre los países anglosajones y el escenario mundial reflejan la importancia mundial emergente de la agenda de la RSE en la regulación y el derecho corporativo en cada país. La RSE es ahora una fuerza global, a pesar de la fuerte resistencia residual. Recientemente, *The Wall Street Journal* publicó 'The Case Against Corporate Social Responsibility'.⁴⁶ La RSE es una 'ilusión... potencialmente peligrosa' que resulta o bien 'irrelevante' o 'inefectiva'. Si bien a las empresas les puede 'ir bien haciendo el bien' en ocasiones, 'la idea de que las empresas tienen la responsabilidad de obrar en función del interés público y, que esto les generará beneficios, es fundamentalmente errónea'. Lograr un equilibrio entre el beneficio de decisiones corporativas y el bien común depende, en última instancia, de 'la regulación gubernamental' y la presión 'de vigilancia' y 'defensa' desde la sociedad civil, donde la autorregulación corporativa juega un papel subsidiario. Así afirma el Profesor Asociado Aneel Karnani de la University of Michigan en su publicación muy polémica y ampliamente divulgada contra la RSE en *The Wall Street Journal*.⁴⁷

Este es el último de una serie de escritos prominentes que atacaron a la RSE a lo largo de décadas en la prensa financiera mundial. Milton Freedman cristalizó la oposición político-económica ortodoxa hacia la RSE en su famoso artículo de 1970 en *The New York Times Magazine*, 'The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits'. Más recientemente, *Supercapitalism* del Profesor Robert Reich sonó una voz de alarma similar contra la RSE, presagiando la preocupación de Karnani de que la RSE desvíe la atención pública y gubernamental sobre la regulación empresarial necesaria para mejorar el bienestar social e invierte esperanzas equivocadamente en la contribución empresarial voluntaria a las necesidades de políticas públicas. Incluso la concesión prominente de *The Economist* en la última década de que la RSE ha ganado la batalla por nuestros corazones y nuestras mentes fue enmarcada como una concesión a regañadientes sobre la inevitabilidad de la omnipresencia de la RSE en la regulación y práctica empresarial del siglo XXI. ¿Es la RSE realmente tan mala o poco sólida como sugiere la última reacción en contra de ella?

El hecho de que una empresa se comporte como cabría de esperarse lo haga en relación con todos los asuntos que afectan a sus operaciones comerciales, incluida su modalidad de RSE, no significa que ésta haya empezado de repente a comportarse como un gobierno, por un lado, o como una organización de caridad comunitaria, por el otro. Se puede dibujar un paralelo con los tribunales, que no se convierten de repente en legislaturas o transgresores de la función judicial simplemente porque tienen en cuenta consideraciones sociales o políticas de manera apropiada dentro de los roles institucionales y procesos de razonamiento relacionados con los tribunales y el cuerpo de la legislación vigente.

46 Aneel Karnani, 'The Case Against Corporate Social Responsibility' *The Wall Street Journal* (Nueva York), 23 de agosto de 2010.

47 *Ibid.*

Si la RSE está pasando por un acercamiento con la gobernanza corporativa y la responsabilidad ortodoxa, esto por sí solo no la priva de su carácter esencial. La integración por parte de una empresa de la RSE dentro de su diseño de estrategias, toma de decisiones y otras operaciones comerciales normales tampoco debe resultar necesariamente en un vaciamiento de la contribución de la RSE o en su subsumición por los imperativos empresariales esenciales de la empresa de maximización de utilidades y generación de riqueza para sus accionistas. Si las características del entorno empresarial, los conductores multidimensionales del éxito empresarial y las nociones de gobernanza corporativa, responsabilidad y sostenibilidad pueden evolucionar, también lo puede hacer la relación entre las empresas y la sociedad, más allá de lo que podría haber sido apropiado cuando la corporación moderna surgió por primera vez o incluso en las manifestaciones más recientes del capitalismo accionista.

A pesar de sus indudables ventajas, las debilidades expuestas del capitalismo accionista generan la demanda de formas más sostenibles de capitalismo. El entorno empresarial y regulatorio mundial del siglo XXI está impulsando el ánimo de lucro empresarial y de generación de riqueza en una dirección más económica, social y ambientalmente sostenible. El G-8 y G-20 enumeran como prioridades geopolíticas a las cuestiones relacionadas con la RSE en materia de préstamo responsable, desarrollo sostenible y cambio climático. Los bancos y los fondos de inversión son signatarios masivos en todo el mundo de los Principios para la Inversión Responsable. En consecuencia, ellos también están prestando más atención a los factores de ASG en sus decisiones de inversión.

La adopción empresarial masiva del Pacto Mundial, normas similares del *Global Reporting Initiative* y cambios similares mueven el péndulo más hacia la RSE. La buena trayectoria en RSE da a las empresas la posibilidad de discutir con el gobierno temas de sostenibilidad. Las empresas exitosas están alineando sus modelos de negocios y de gobernanza corporativa en consecuencia. Sin embargo, a pesar de los espacios para la RSE dentro de la innovación empresarial, muchos sistemas de regulación corporativos de todo el mundo están todavía tratando de ponerse al día con todos estos acontecimientos.

La exitosa resistencia política y empresarial hacia la reforma de los deberes y las defensas de los directores a lo largo de las líneas de RSE, y la desviación correlativa de la RSE hacia otras áreas y medios de regulación (p. ej., participación de los interesados en la gobernanza corporativa, factores de ASG en las decisiones de inversión, y la responsabilidad corporativa y los informes de sostenibilidad) sugieren, en conjunto, que una mayor reforma del derecho corporativo en estas direcciones no es ni probable ni fácil, al menos en el corto y mediano plazo. Sin embargo, en lo que los académicos llaman un entorno empresarial 'meta-regulatorio', en el que un número de diferentes órdenes de regulaciones gubernamentales y no gubernamentales son cada vez más importantes (incluida la autorregulación empresarial según las normas aceptadas y controladas), quedan algunas esperanzas de que podría devenirse alguna otra orientación política y regulatoria.

Quienes están a favor de que no haya ningún cambio en la regulación empresarial en materia de RSE habitualmente advierten en contra de añadir a la carga normativa general de las empresas o hacer algo que sea contraproducente para el bienestar social en general a través de la producción corporativa efectiva y eficiente de bienes y servicios. Sin embargo, los juicios acerca de la eficacia y eficiencia se basan en lo que se cuenta, lo que queda fuera de la ecuación y cómo esto cambia a medida que cambian las expectativas de la sociedad en cuanto a la gobernanza corporativa, responsabilidad y sostenibilidad.

Nadie de ninguno de los dos lados de este debate cree seriamente que la ley de responsabilidad limitada establecida en el siglo XIX abarca adecuadamente todos los costos sociales de la actividad de las empresas multinacionales en varios sitios de sus operaciones comerciales (p. ej., masivas violaciones de consumo o de derechos humanos, responsabilidad a largo plazo para futuras víctimas de agravios, daños ambientales catastróficos, y demás), al menos no desde los ojos del siglo XXI. Las partes del debate simplemente desacuerdan sobre el mecanismo de corrección apropiado, y si está dentro o fuera de las preocupaciones centrales del derecho corporativo. Sin embargo, estas evaluaciones son contingentes.

Por lo menos, el entorno empresarial y regulatorio global se está alejando bastante de la marginación generalizada de la RSE mientras se acerca a la integración de la regulación y la práctica de la RSE. La prisa por adoptar la RSE, por lo tanto, no puede ser marginada como una amenaza al valor de las acciones o como una simple cuestión de buen sentido empresarial. La RSE ha evolucionado más allá

de las relaciones públicas, filantropía y agregado empresarial voluntario desechable en tiempos de estrechez económica (como una CFG). Se ha convertido en parte de un nuevo orden de gobierno y regulación interdependiente con participación de los actores estatales y no estatales, que abordan los principales problemas sociales en conjunto. Las empresas, estudios jurídicos y las universidades, por ejemplo, se están uniendo a los gobiernos y a la sociedad civil en la transición hacia formas de sostenibilidad ecológicas y de otros tipos para la organización.

Una vez que dejamos de confiar en que el éxito empresarial se basará en la observación de comportamientos mínimos necesarios para cumplir con la ley, comenzamos un viaje hacia una aspiración de gobernanza corporativa, responsabilidad y sostenibilidad. Del mismo modo, una vez que aceptamos que los directores de empresas y otros actores que están llevando a cabo legítimamente los intereses de los accionistas en su conjunto son susceptibles de alguna manera no solo de los requisitos legales mínimos, sino también de las normas vigentes de la ética empresarial, las normas del mercado y las tendencias de la sociedad, incluso del tipo relacionado con una empresa y sus negocios, nos encontramos inmediatamente frente a la necesidad de dar cuenta de la variedad de consideraciones que afectan las decisiones empresariales y directivas, y la forma en que se ven afectadas. En otras palabras, si las empresas y las juntas directivas deben tener en cuenta una serie de factores empresariales, económicas, ambientales y sociales y otros riesgos más allá de lo mínimo exigido por ley, nos encontramos en un ámbito de debate sobre exactamente qué tipo de consideraciones deben tenerse presentes en materia del éxito empresarial, y cómo.

De esta y otras maneras, los avances de la RSE en el siglo XXI desde la periferia hacia la corriente principal de la regulación y la práctica empresarial se corresponden con los desarrollos paralelos de al menos cierta convergencia entre la RSE y la gobernanza corporativa, junto con la aparición de un conjunto comparativo de leyes y regulaciones transnacionales en el que pueden surgir preocupaciones en materia de RSE, directa o indirectamente. La oleada de apoyo global para las normas tales como las producidas por la ONU, la OCDE y otros en el dominio de la actividad multinacional y los derechos humanos, la inversión y las finanzas y el comercio social y responsable, balancea el péndulo más hacia la RSE, como lo hace el enfoque renovado de la Comisión Europea mediante su *Social Business Initiative* y nueva Estrategia de RSE, anunciados a fines de 2011.

El paquete de medidas para la responsabilidad empresarial de octubre de 2011 de la Comisión Europea incluye una 'definición actualizada' de la RSE como 'la responsabilidad de las empresas por sus impactos sobre la sociedad'. Junto con su 'nueva agenda para la acción' en materia de RSE, esto sugiere una modalidad para afrontar la RSE en el siglo XXI que implica la responsabilidad y la rendición de cuentas para la acción corporativa más allá de la línea de referencia del cumplimiento legal.⁴⁸

Cambios en la orientación de los abogados y las organizaciones legales hacia la RSE

La profesión jurídica está llegando lentamente a un acuerdo con la inevitabilidad de la RSE aplicada a organizaciones jurídicas como empresas comerciales. Los estudios jurídicos se enfrentan a la presión de los clientes, empleados y gobiernos de demostrar sus propias credenciales de RSE. Los clientes corporativos más iluminados ahora auditan a sus prestadores de servicios profesionales y otros miembros de la cadena empresarial con respecto a su trayectoria en materia de RSE. El desempeño en materia de RSE de una empresa afecta su reputación y su capacidad de atraer buenos empleados de la generación X e Y. Del mismo modo, el acceso al trabajo gubernamental para los abogados puede estar relacionado con factores de RSE, como la diversidad de empleo de una empresa, esfuerzos *pro bono* y otras contribuciones sociales.

En términos más generales, la integración de la RSE en estudios jurídicos implica alinearlos plenamente con sus estrategias de negocios, indicadores de desempeño y otros sistemas de la organización. Asesorar a los clientes empresariales sobre RSE es también un campo prolífero de trabajo para los estudios jurídicos y otros proveedores de servicios a las empresas. En términos de políticas públicas más amplias y reforma regulatoria, los abogados de las empresas y los afectados por

⁴⁸ A Renewed EU Strategy 2011–2014 for Corporate Social Responsibility, European Commission, COM (2011) 681 final, 25 de octubre 2011.

las empresas en los mercados y las comunidades también tienen la experiencia y la responsabilidad de contribuir a las iniciativas de reforma del derecho corporativo que mejoran el lugar de las empresas en la sociedad.

¿Qué significa esto para las empresas y para aquellos que prestan servicios profesionales y asesoramiento a empresas? Cuando menos, significa reflexionar sobre los enfoques empresariales y profesionales hacia la RSE, para que las organizaciones que están mejor situadas hagan frente a las condiciones circundantes del entorno empresarial del siglo XXI.⁴⁹ El éxito de la organización, el modelado empresarial, la diferenciación competitiva y las oportunidades de mercado se están reconceptualizando cada vez más en términos que conectan lo que es bueno para la organización con lo que es bueno para la industria sostenible, la economía y la sociedad –de ahí el llamamiento a la participación de las empresas a ver a la sociedad en términos de ‘valor compartido’.⁵⁰ En palabras del destacado experto inglés en gobernanza corporativa y presidente de directorio, Sir Adrian Cadbury: ‘Cada empresa, nos guste o no, tiene una política de RSE [y] la primera cuestión es si la empresa lo reconoce; luego, la segunda es cuán alerta está la empresa a los cambios en lo que la sociedad espera de ella en este campo’.⁵¹

En resumen, ahora se pueden hacer cuatro importantes conexiones acerca de la respuesta del derecho y los abogados en su trabajo diario de la pobreza como un factor que impide la universalización plena de los derechos humanos. En primer lugar, las cuestiones de gobernanza corporativa y RSE están, cuando mucho, convergiendo y, cuando menos, superponiéndose y entremezclándose, en un grado u otro, a través de una serie de iniciativas empresariales de elaboración de normas regulatorias y legales. En segundo lugar, bajo el impulso de una reciente serie de iniciativas de elaboración de normas globales, por parte de las Naciones Unidas y otras organizaciones, que afectan a la inversión social y financiera, a los negocios y a los derechos humanos y el desarrollo sostenible, las preocupaciones de la RSE y la inversión responsable dan importancia a las cuestiones de derechos humanos y las relacionan con cuestiones más amplias de gobernanza corporativa, responsabilidad y sostenibilidad.

En tercer lugar, esta cadena de conexiones pertinentes entre el derecho, los derechos humanos y la pobreza se completa abordando el impacto sobre las comunidades pobres, como preocupación fundamental de los derechos humanos, y por lo tanto también, como una preocupación por la RSE contemporánea y la gobernanza corporativa. Por último, ya sea como asesores de los clientes empresariales en materia de gobernanza corporativa y las conexiones más amplias, o como miembros de organizaciones legales con sus propios compromisos en materia de RSE y derechos humanos como empresas comerciales legales por su propio derecho, los profesionales jurídicos no pueden evitar las funciones y responsabilidades hacia los pobres que fluyen por lo menos a partir de estas conexiones más amplias.

Las normas de derechos humanos, el Mandato de Ruggie, y roles y responsabilidades jurídicas

Nuevo marco mundial de derechos humanos, principios rectores y herramientas de derecho corporativo

¿De qué forma los cambios recientes en la orientación de la gobernanza, la regulación y la responsabilidad en la escena mundial se traducen en instrumentos y acciones significativas en la lucha contra la pobreza como una dimensión de los derechos humanos universales? Un buen ejemplo surge de la reciente aceptación por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDHNU) tanto de un marco como de principios rectores para el avance global de los derechos humanos por parte de las empresas. El marco de tres vertientes desarrollado para el CDHNU por el Profesor Ruggie de Harvard como Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos (RESGNU) se titula *Protect, Respect and Remedy* y comprende ‘tres principios básicos: el deber

49 Sobre estos y otros debates sobre la RSE en general, véase Horrigan, *supra* nota 2.

50 Véase, p. ej., Michael E Porter y Mark R Kramer, ‘Creating Shared Value: How to Reinvent Capitalism – And Unleash a Wave of Innovation and Growth’ [2011] (enero-febrero) Harvard Business Review 1.

51 Citado en Horrigan, *supra* nota 27, 269.

del Estado de proteger frente a los abusos de derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y la necesidad de un acceso más efectivo a los recursos'.⁵² Es significativo que este marco no se limita a lo que los gobiernos pueden exigir por ley.

Bajo su proyecto mundial conexo de Herramientas de Derecho Corporativo, el mandato de la RESGNU también produjo una revisión integral de la medida en que las empresas, los valores y las leyes relacionadas en muchos países promueven o impiden el respeto empresarial de los derechos humanos. En uno de los documentos de consulta producidos bajo su mandato para crear sus recomendaciones finales para el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, el Profesor Ruggie y su equipo identificaron, entre los temas clave para la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, las siguientes cuestiones relacionadas con los DDDH por empresas:

Valorar impactos de derechos humanos adversos reales o potenciales regularmente, utilizando los recursos internos o externos de expertos; que implica un compromiso significativo con las partes interesadas pertinentes, según corresponda, según el tamaño de la empresa comercial y la naturaleza y el contexto de sus actividades.

Integrar los resultados de sus valoraciones a través de las funciones y los procesos internos para permitir una acción apropiada, incluso mediante la aclaración de las responsabilidades internas y la alineación de las estructuras de incentivos al personal.

Seguir el desempeño para saber si los riesgos de derechos humanos se están abordando con eficacia, basado en métricas cuantitativas y cualitativas adecuadas, en función de la opinión de las partes interesadas internas y externas, y del apoyo de los procesos de mejora continua.

Comunicar el desempeño en materia de derechos humanos en respuesta a las inquietudes de los interesados, incluida una evaluación formal si corresponde, teniendo en cuenta el riesgo que presenta para las propias partes interesadas, para el personal de la empresa o para las necesidades legítimas de confidencialidad comercial'.⁵³

Esto muestra cómo el DDDH puede integrarse dentro de los modelos estándares de gobernanza corporativa. Por otra parte, cada uno de estos pasos se presta a acciones que directa o indirectamente afectan a las comunidades pobres como partes interesadas de la empresa en todas las comunidades locales a lo largo de una cadena de valor empresarial, de suministro y de distribución.

En su informe final de 2011, el Profesor Ruggie logró el respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos de la ONU para un conjunto de principios rectores para la aplicación del marco de tres vertientes, 'Proteger, Respetar y Remediar', en materia empresarial y de derechos humanos. El DDDH y las Evaluaciones de Impacto en los Derechos Humanos (EIDH) figuran en numerosos principios, como parte de una modalidad global para la integración de las consideraciones de derechos humanos dentro de los sistemas estándar de negocios y operaciones. La aceptación a mediados de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU de este nuevo marco general y principios rectores sobre empresas y derechos humanos sigue en espera de aceptación completa mediante la aplicación nacional y la integración en la regulación y la práctica empresarial. Al mismo tiempo, estas normas están siendo progresivamente incorporadas o no alineadas con importantes estándares globales tales como el Pacto Mundial de Naciones Unidas, Directrices revisadas de la OCDE para Empresas Multinacionales y actualización de las normas sociales y ambientales de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial.

Implicaciones para las organizaciones jurídicas y empresariales

Las organizaciones de los sectores jurídicos y empresariales se enfrentan al reto de implementar estas nuevas normas mundiales de derechos humanos para las empresas comerciales de manera que sean adecuadamente sensibles a la pobreza como una cuestión de derechos humanos. Las declaraciones de deontología y conducta profesional que rigen el trabajo y el servicio relacionados con la profesión y la

52 Consejo de Derechos Humanos, Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo, 8ª ses., Agenda, Ítem 3, UN Doc A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008).

53 RESGNU, 'Mandate Consultation Outline', octubre de 2010.

justicia deben ser lo suficientemente amplios para cubrir esta dimensión. Las organizaciones jurídicas como los estudios jurídicos, bufetes de abogados y profesionales del derecho multidisciplinarios deben ampliar la gama de sus propias políticas de RSE más allá del trabajo *pro bono* convencional, la filantropía y lugares de trabajo ambientalmente sostenibles para cubrir toda la gama de derechos humanos, incluido el alivio a la pobreza.

En su asesoramiento a los clientes a través de los sectores públicos, privados y comunitarios, los abogados pueden legítimamente formular políticas y asesorar sobre transacciones y riesgos financieros, riesgos de reputación y de responsabilidad asociados a violaciones de los derechos humanos u otros daños a las comunidades locales, incluidos los efectos sobre las comunidades pobres en lugares de negocios o a lo largo de una cadena de suministro y distribución. En consonancia con las recomendaciones sobre la situación jurídica en otros países, por ejemplo, el asesoramiento jurídico a Australia sobre el Proyecto de Herramientas de Derecho Corporativo del Profesor Ruggie indicó que, mientras que no había una obligación general y expresa en el derecho interno para las empresas y sus directores de tener en cuenta los derechos humanos internacionalmente reconocidos, una examinación de las consecuencias potenciales sobre los derechos humanos (y por tanto de DDDH) era un paso necesario o al menos prudente en numerosos contextos empresariales, de la siguiente manera:⁵⁴

1. conformidad corporativa con las leyes con elementos específicos de derechos humanos (p. ej., leyes contra la discriminación, el empleo y la privacidad);
2. evaluaciones de impacto empresarial de proyectos y desarrollos en infraestructura (p. ej., estudios de impacto socio-económico, declaraciones de impacto ambiental y EIDH);
3. condiciones previas relacionadas con los derechos de concesión de autorizaciones y licencias gubernamentales para propuestas de infraestructura empresarial y de desarrollo;
4. cumplimiento de los deberes y las defensas de los directores (p. ej., adecuada consideración de la relación entre los intereses de las partes interesadas relacionadas con los derechos y el éxito empresarial a largo plazo);
5. respuestas corporativas a la acción de los accionistas, incluido el litigio (p. ej., propuestas de los accionistas, diálogo de inversionistas institucionales y litigios por cambio climático);
6. satisfacción de inquietudes relativas al ASG e ISR de los inversores institucionales;
7. conformidad con los requisitos de toma de decisiones de inversión (p. ej., consideraciones éticas, laborales, medioambientales y de derechos humanos en la elección o la realización de inversiones);
8. requisitos de gobernanza corporativa para la responsabilidad corporativa y los informes de sostenibilidad (p. ej. riesgos declarables de derechos humanos y conductores del éxito empresarial como «importantes riesgos de negocios»).

El consumo global de estas normas de derechos humanos pone presión sobre las organizaciones jurídicas y empresariales para hacer lo mismo. Aprovechando la gran base de apoyo intersectorial de los resultados logrados por el Profesor Ruggie como RESGNU durante su mandato para la ONU, el marco y los principios rectores han tenido lo que se describió como un impacto de cambio de juego en el debate mundial sobre derechos humanos, reajustando los términos intersectoriales de compromiso en materia de derechos humanos, incorporando el respeto por los derechos humanos como una preocupación empresarial, y allanando el camino para los DDDH y las evaluaciones de impacto como parte de la modalidad de todo el gobierno y toda la organización de abordar la RSE, la gobernanza corporativa y los negocios sostenibles en las comunidades sostenibles.⁵⁵

Principios rectores específicos sobre los Derechos Humanos

El marco y los principio rectores del RESGNU proporcionan un molde dentro del cual las empresas comerciales (incluidos los estudios jurídicos) pueden manejar las implicaciones de derechos humanos para las comunidades pobres afectadas por un valor empresarial o una cadena de suministro y distribución. Esto implica una cantidad de pasos. El Principio Rector No. 15 del RESGNU establece como punto de referencia la integración de las políticas de derechos humanos de una organización,

⁵⁴ En ese momento, el autor era un consultor del estudio jurídico internacional que aconsejó a la RESGNU, y se vio involucrado en las consultas sobre algunos de estos temas.

⁵⁵ Véase, p. ej., Interview with John Morrison, Executive Director, Institute of Human Rights and Business, 'Business and Human Rights: Countries, Companies, and the State of Play' Ethical Corporation, 27 de julio de 2011.

los procesos de DDDH y el monitoreo de derechos humanos, y medidas de queja y de presentación de informes, de la siguiente manera:

‘15. Con el fin de cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas comerciales deben contar con políticas y procesos adecuados para su tamaño y circunstancias concretas, incluidos:

- a) Una política comprometiéndose a cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos [No. 1 política organizacional integrando RSE/DH];
- b) Un proceso de diligencia debida de los derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de la forma en que abordan sus impactos sobre los derechos humanos [No. 2 DDDH integrados a lo largo de la organización];
- c) Procesos que permitan la remediación de los impactos negativos sobre los derechos humanos que causan o a los que contribuyen. [No. 3 Mecanismos de monitoreo/compromiso/informes integrados]’⁵⁶

Cada uno de esos tres elementos centrales tiene su propio principio rector. Los elementos propuestos para una política organizacional sobre los derechos humanos aparecen en el Principio Rector No. 16, de la siguiente:

‘16. Como base para la incorporación de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas comerciales deben expresar su compromiso de cumplir con esta responsabilidad a través de una declaración de políticas que:

- a) Está aprobada en el nivel más alto de la empresa comercial;
- b) Es informada por la experiencia interna o externa relevante;
- c) Establece las expectativas de derechos humanos del personal, los socios comerciales y otras partes directamente vinculadas a las operaciones, productos o servicios de la empresa;
- d) Está disponible públicamente y es comunicada interna y externamente a todo el personal, socios comerciales y otras partes interesadas;
- e) Está reflejada en las políticas y los procedimientos operativos necesarios para incrustarla en toda la empresa comercial’.

Los elementos sugeridos para una modalidad organizativa para abordar los DDDH, incluidos los EIDH, aparecen en el Principio Rector No. 17, de la siguiente manera:

‘17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de la forma en que se abordan los impactos negativos sobre los derechos humanos, las empresas deben observar la debida diligencia en materia de derechos humanos. El proceso debe incluir la evaluación de los impactos reales y potenciales de los derechos humanos, la integración y acción sobre los hallazgos, las respuestas a los seguimientos, y comunicaciones de cómo se abordan los impactos. *La debida diligencia en materia de derechos humanos:*

- a) Debe cubrir *impactos adversos sobre los derechos humanos* que la empresa comercial puede causar o a los cuales puede contribuir a través de sus propias actividades, o que pueden estar directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios por parte de sus relaciones comerciales;
- b) Puede variar en complejidad según el tamaño de la empresa comercial, el riesgo de impactos graves a los derechos humanos, así como también la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser permanente, reconociendo que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo a medida que evolucionan las operaciones de la empresa comercial y el contexto en que opera’.⁵⁷

La necesidad de una integración en toda la organización para incrustar el DDDH en todos los niveles y funciones de la organización se encapsula en el Principio Rector No. 19, de la siguiente manera:

‘19. Con el fin de prevenir y mitigar los impactos negativos sobre los derechos humanos, las empresas comerciales deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto a través de las funciones y los procesos internos pertinentes y tomar las medidas adecuadas.

a. La integración efectiva exige que:

⁵⁶ El autor ha añadido descripciones entre corchetes.

⁵⁷ Sin cursivas en el original.

- i) La responsabilidad de hacer frente a estos impactos se asigna al nivel y la función apropiada dentro de la empresa comercial;
 - ii) La toma de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permiten respuestas eficaces a tales efectos.
- b. La acción apropiada variará de acuerdo con:
- i) Si la empresa de negocios causa o contribuye a un impacto adverso, o si su implicancia se debe solamente a que el impacto está directamente relacionado con sus operaciones, productos o servicios por parte de una relación comercial;
 - ii) La extensión de su influencia en el tratamiento de los efectos adversos’.

Finalmente, como ejemplo de los diversos mecanismos de supervisión, corrección y presentación de informes para la incorporación de los derechos humanos en las estrategias de organización, funciones y procesos, el Principio Rector No. 20 se centra en el seguimiento y la verificación, que son importantes mecanismos de rendición de cuentas en sí mismos, de la siguiente manera:

‘20. Con el fin de verificar si se están abordando los impactos negativos sobre los derechos humanos, las empresas comerciales deben realizar un seguimiento de la eficacia de su respuesta.

El seguimiento debería:

- a. Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados;
- b. Basarse en la retroalimentación de fuentes internas y externas, incluidos los grupos de interés afectados’.

Los Principios Rectores tienen un efecto acumulativo y holístico. Operan en niveles progresivamente detallados de análisis y aplicación. No son mono-dimensionales en su potencial aceptación de la pobreza como un problema de derechos humanos. En el ámbito de la estrategia y política de la organización, por ejemplo, una empresa comercial podría tomar en serio la pobreza de muchas maneras. Sus esfuerzos de caridad pueden estar dirigidos hacia los pobres a nivel local, nacional o mundial, dependiendo del tamaño y la naturaleza de la empresa. Sus credenciales como una organización virtuosa pueden ser demostradas a través del compromiso con los estándares que se centran específicamente en los pobres de forma directa (como en los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU) o indirecta (como en el Marco de la RESGNU y Principios Rectores). Puede cultivar alianzas con gobiernos y ONG en los esfuerzos de alivio de la pobreza que refuerzan la confianza y las relaciones y que también sirven a la empresa comercial en otros contextos. Puede conscientemente tratar de minimizar el mal uso del poder corporativo y otros efectos que causan daños sobre los derechos humanos de las comunidades pobres en las áreas de sus operaciones comerciales. También puede desarrollar y apoyar a sus empleados actuales y futuros en las localidades pobres a través de la escuela, y de iniciativas universitarias y de formación específicas que benefician tanto a la organización como a los empleados.

Cualquiera sea la combinación particular del modelado de negocios, diferenciación competitiva y estrategia de la organización involucrada, la empresa comercial debe poner en práctica todas estas inquietudes de derechos humanos sensibles a la pobreza a través DDDH. Una modalidad verdaderamente holística de la debida diligencia de una organización integrará los procesos y medidas de DDDH con otros aspectos de la debida diligencia. Estos mecanismos de DDDH deberán entonces ser debidamente supervisados, medidos, verificados e informados. De esta forma, se podrá evitar hacer daños empresariales a los pobres y fomentar la adopción de acciones positivas para ayudar a los pobres a que se conviertan en una parte estándar de la actividad comercial de las empresas en la sociedad. Estas cosas también se convierten en una parte estándar de la modalidad, el conocimiento y el asesoramiento de los abogados que asesoran, monitorean o regulan las organizaciones empresariales de todo tipo.

Roles jurídicos indirectos y responsabilidades en el alivio de la pobreza

En pocas palabras, ¿por qué importa todo este asunto del derecho, los abogados y la pobreza? El siguiente resumen es suficiente para nuestro propósito. En conjunto, el Marco RESGNU y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos ofrecen una plantilla con suficiente detalle y aceptación para su adopción generalizada por parte de las empresas, incluidas las organizaciones jurídicas. Las responsabilidades de los abogados hacia los pobres, por tanto, tienen al menos un triple enfoque, sobre lo que los abogados hacen en sus propias organizaciones, lo que hacen por los clientes

empresariales y lo que hacen en las distintas formas en que critican, monitorean o de otra forma regulan las actuaciones empresariales que afectan a los pobres.

En su aplicación a la pobreza, esta plantilla de derechos humanos puede estar única o alternativamente integrada con enfoques organizativos más amplios de RSE y gobernanza corporativa. De cualquier forma, la plantilla también proporciona estructuras y oportunidades para la incorporación de los derechos humanos de los pobres, sin hogar y necesitados dentro de los grupos y las acciones pertinentes en el marco de políticas y programas de organización relevantes. En un sentido importante, los estudios jurídicos internacionales con oficinas y otras presencias en una serie de países se encuentran en la misma posición que sus clientes empresariales multinacionales. Sus oportunidades tanto para respetar los derechos humanos y luchar contra la pobreza como parte de ese esfuerzo se extienden a escala transnacional en todas sus cadenas de suministro y distribución.

Observaciones finales

Las funciones de los abogados tienen dimensiones positivas y negativas y responsabilidades en el impacto del derecho sobre la pobreza, de la forma que se describe en este capítulo. Si algo de esto parece excesivamente negativo, la respuesta está en parte en romper la indiferencia o el desconocimiento de muchos de la profesión jurídica mundial de las conexiones que deben hacerse entre el derecho y la pobreza, y por lo tanto de las múltiples funciones y responsabilidades de los abogados en la adopción de medidas que hacen a la diferencia al momento de abordar la pobreza. Como este capítulo trata de mostrar, existen conexiones claras en la relación triangular entre las siguientes materias: (a) las condiciones cambiantes del siglo XXI en la gobernanza social, regulación y responsabilidad; (b) las crecientes áreas de superposición o convergencia entre el derecho corporativo y la regulación, la gobernanza de la organización corporativa y otras con la RSE; y (c) los vínculos inherentes entre el derecho, los derechos humanos y la pobreza. El Marco del RESGNU y los Principios Rectores igualan esta relación triangular, y muestran un claro camino a seguir para la profesión jurídica para la toma de medidas contra la pobreza en el progreso hacia los derechos humanos plenamente universales. Todo esto ofrece a los abogados, a través de sus muchas ramas de operación e influencia, la oportunidad de desempeñar un papel central que muchos han reclamado para la profesión en el servicio de los intereses fundamentales de una sociedad justa en el marco del estado de derecho.

Capítulo 12

Algo de Que Enorgullecerse: la Respuesta de la Abogacía a la Crisis Social Argentina

Martín Böhmer¹

La crisis de 2008 pasó casi inadvertida en Argentina. El país se había separado de los mercados financieros internacionales en la media década anterior, luego del mayor default de la deuda soberana en la historia. Casualmente los precios de los productos argentinos se dispararon, permitiendo así al país recuperarse, navegando el viento favorable del comercio y un peso muy devaluado. Con el final del déficit público, Argentina pagó su deuda al FMI y a la mayoría de sus acreedores después de una negociación agresiva, el gobierno se separó del control externo y el gasto público se financió principalmente con los impuestos internos y de exportación. Esta situación, entre otras, les permitió al presidente Néstor Kirchner y su esposa, Cristina Fernández, disfrutar de tres mandatos de cuatro años en el poder.

Por lo tanto, este capítulo contará parte de la historia de la reacción de la comunidad jurídica ante la crisis argentina de 2001-2002 y sus efectos sobre el acceso a la justicia. También voy a argumentar que el evento en cuestión fue la continuación de una tendencia que se había iniciado dos décadas antes, con la forma en la que Argentina respondió al mal radical, es decir, la dictadura militar de 1976-1983 y sus violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos.

El 9 de septiembre de 2001, yo me encontraba en mi oficina de la Universidad de Palermo, donde ejercía el cargo de Decano. Estaban conmigo, además de Paola Bergallo, quien fuera una protagonista clave en este esfuerzo, varios colegas e invitados de EE.UU., entre los que destaco a Joan Vermeulen (quien había estado con *Lawyers for the Public Interest* y era experta en cámaras de compensación *pro bono*, y en ese momento me estaba ayudando a organizar la primera conferencia sobre trabajo *pro bono* e interés público en América Latina). Joan había estado en Buenos Aires en el año anterior para tantear el terreno de la disposición de los profesionales del derecho argentinos, tanto del Colegio privado como del público, para iniciar un programa *pro bono*. Habíamos encontrado suficiente apoyo, y el 11 de septiembre, nos encontrábamos en mi oficina, rodeados de representantes de la sociedad civil de EE.UU., esperando que llegaran los abogados privados. De hecho, después de haber oído algunas noticias raras, estábamos hablando por teléfono con Evan Davis, entonces Presidente de la *Association of the Bar of the City of New York*, que estaba viendo desde su ventana en Cleary Gottlieb cómo algo chocaba contra las Torres Gemelas.

Los abogados de Nueva York no pudieron venir, por lo que tuvimos que dividir la conferencia en dos. En Septiembre, abrumados por la tristeza y preocupados por la gente de Nueva York y lo que el futuro depararía para todos nosotros, tuvimos la conferencia para abogados de ONG, tanto argentinos como estadounidenses, sobre cómo trabajar con el Colegio, y cómo aprovechar su energía para ayudar en la lucha de la sociedad civil a favor de la democracia y la Constitución. Pensamos

1 Martín Böhmer, Universidad de San Andrés, Argentina.

que, de las muchas maneras en que podríamos honrar a los muertos, ésta era una forma adecuada de hacerlo. Los miembros del Colegio de Nueva York llegaron el 29 de noviembre. Se reunieron con estudios jurídicos argentinos y se organizaron mesas redondas sobre las numerosas cuestiones que los abogados deben enfrentar, en general, en casos de interés público, y sobre todo cuando estos casos se toman sobre una base *pro bono* y dentro de una relación permanente con las organizaciones de la sociedad civil.

El 30 de noviembre, mientras estábamos trabajando en los paneles, los teléfonos móviles de los abogados argentinos comenzaron a sonar todos a la vez. No se trataba de llamados de clientes; había algo siniestro en el aire. Algunos de los abogados, especialmente los que tenían a los bancos entre su lista de clientes, hacían llamadas frenéticas y se apresuraban a salir de la habitación. El gobierno había comenzado a poner límites sobre la cantidad de dinero que la gente podía retirar de sus cuentas bancarias. Acababa de comenzar la peor crisis económica en la historia de Argentina.

En los meses siguientes, el Colegio de la Ciudad de Buenos Aires, una institución privada y tradicional que reúne a los principales estudios jurídicos corporativos del país, creó una Comisión de Trabajo *Pro Bono* e Interés Público que funciona como una cámara de compensación para casos de litigio colectivos y de gran impacto que coordina las necesidades de la sociedad civil con los recursos de los colegios de abogados. La práctica creció enormemente y muchos de esos estudios jurídicos actualmente se encuentran entre sus coordinadores de trabajo *pro bono* a tiempo completo, desarrollando programas y centrando el trabajo *pro bono* de cada estudio jurídico en aquellas áreas en las que tienen más experiencia. La gama de casos en esta larga década varió de ayudar a las ONG a convertirse en entidades legales, a luchar por el derecho de las personas a acceder a la información de los funcionarios públicos, y a la planificación para que todas las escuelas de Buenos Aires sean accesibles para los niños con discapacidades.

Mientras esto sucedía en Argentina, Chile creó la Fundación *Pro Bono* con un impacto similar sobre la profesión. Brasil siguió el ejemplo, y luego Colombia, Perú y México. Los abogados, estudios jurídicos, facultades de derecho y colegios de abogados de todo el continente han firmado la Declaración *Pro Bono* para las Américas, comprometiéndose a una cierta cantidad de horas para servir al interés público.

En este capítulo ofreceré una explicación de este suceso, con la esperanza de que arroje luz sobre algunos aspectos de la relación entre la profesión jurídica y la sociedad en la que opera, los deberes éticos que justifican el monopolio de los profesionales del derecho sobre el acceso y la prestación de la justicia como un servicio público y las oportunidades que ofrecen las crisis sociales a los abogados para ponerse a la altura de las circunstancias y crear, restaurar o mejorar su legitimidad; lo cual es clave para la evolución del estado de derecho.

Durante poco más de un siglo, el derecho argentino (aunque fue concebido como un híbrido de los sistemas estadounidense y europeo) se caracterizó sobre todo por su inclinación hacia la tradición jurídica continental. Esta concepción del derecho y de las funciones de los actores jurídicos se configuró de acuerdo con el proyecto político hiper-presidencialista general que tenía por objeto centralizar el poder. La idea era simplemente homogeneizar el derecho en todo el país y someter a los demás poderes constitucionales a una disciplina centralizada con la convicción de que una autoridad nacional bien fundamentada pondría fin a la anarquía y sentaría las bases de un Estado moderno, aunque uno autoritario y excluyente.

La concepción del derecho que existió hasta mediados del siglo XIX fue modificada de acuerdo con esta concepción política. De hecho, esta nueva concepción del derecho y su visión correlativa sobre el rol de los jueces afirmó, por un lado, que los sistemas jurídicos pueden aportar soluciones unívocas a cada problema que se les presente (una convicción que se conoce con el nombre de ‘formalismo’), dado que la negación de la existencia de vacíos legales y contradicciones entre las normas de los sistemas de regulación es parte de esta ideología. Por otro lado, el formalismo es la condición de la posibilidad de mantener una actitud respetuosa hacia el derecho positivo, independientemente de su contenido o de su fuente de legitimidad.

Así, en esta nueva concepción, los jueces recibían y aceptaban como obligatorio al contenido normativo de los dictados de quienquiera que fuese que ejerciera el poder, independientemente de que el poder se ejerciera a través de elecciones fraudulentas, o de elecciones en las que un partido que representaba una gran parte de la población hubiera sido proscrito, o directamente a través de

golpes de Estado. Esta deferencia hacia los actores políticos se justificaba debido a que el papel de los jueces era ser formalistas e imparciales. De hecho, la concepción de la tarea del juez consistía en ser ejecutores neutrales de la voluntad del legislador. En este sentido, la codificación, y en particular la forma en que el Código Civil fue recibido por los estudiosos del derecho y las facultades de derecho, proporcionó las herramientas necesarias para llevar a buen término el proyecto formalista y mantener la separación entre la política y el derecho. De esa forma una idea originalmente democrática se transformó en una pantomima, cuando el judicial debía deferencia a la supremacía legislativa de quien alcanzó el poder, más allá de cómo lo hizo. Así, el proyecto formalista comenzó a desacoplar el derecho de la política, dejando la política pública en manos de quien estaba ejerciendo el poder, y al poder judicial a cargo de la solución de controversias sobre una base de casos concretos y apoyando sus decisiones únicamente en el texto de la ley.

El control de constitucionalidad (parte de la herencia estadounidense de este sistema sudamericano mixto) era una actividad marginal y reducida a circunstancias excepcionales. En consecuencia, se dividieron los derechos constitucionales entre los que la doctrina consideraba como derechos 'operativo' (ejecutables) y meramente 'programáticos' (derechos que requerían de normas legales para su aplicación por el poder judicial), una distinción que redujo en gran medida la facultad del poder judicial de intervenir en acciones de inconstitucionalidad u omisiones. La situación de falta de exigibilidad de los derechos fundamentales fue aún peor cuando la Corte Suprema federal añadió la cuestión política y la doctrina *de facto*, haciendo así explícita la deferencia judicial hacia cualquier poder político.

La noción de un 'caso o controversia' legal era otro aspecto de esta concepción del derecho. Redujo la misión de la Corte al caso en cuestión, rechazando así la doctrina de *stare decisis*. Del mismo modo, una teoría del derecho administrativo deferente hacia el poder ejecutivo y despreciativo hacia los derechos de los ciudadanos otorgó legitimación únicamente a quienes representaban intereses individuales y estableció altas barreras de entrada frente a la posibilidad de resolver las violaciones de los derechos colectivos, mientras mantenía al judicial fuera de la deliberación sobre la constitucionalidad de las políticas públicas y, en general, de la discusión acerca de cómo honrar las promesas de la Constitución. La característica principal de este proyecto consistió en un ejercicio discrecional del poder público, y la ausencia casi total de un sistema de frenos y contrapesos. Bajo estas circunstancias, el derecho internacional, en particular los tratados internacionales, no ofrecía ninguna solución. Una discusión larga e insatisfactoria sobre su aplicabilidad impidió su implementación efectiva ante los tribunales. De hecho, la controversia acerca de su estatus en la jerarquía del sistema legal *visà-vis* la Constitución y, una vez más, el pretendido carácter programático y no exigible de sus disposiciones, mantuvo a la comunidad internacional y sus valores a una distancia segura de nuestros tribunales. Así, la idea de los derechos como límites a la voluntad política estaba situada en los márgenes de la cultura jurídica argentina. La política, por otro lado, trastabillaba entre intervenciones militares y gobiernos civiles apenas legítimos, hasta que la radicalización de la década de 1960 dio lugar a la violencia política generalizada en la década de 1970.

Pero de forma inesperada, lo que ocurrió al comienzo de la década siguiente fue una reconfiguración cultural completa. De hecho, a través de la acción de ciertos grupos de personas, lo que estaba en los márgenes de nuestra cultura jurídica (y yo añadiría también de nuestra cultura política), fue puesta al centro del escenario: la idea de los derechos. En particular, una cierta manera de entender los derechos humanos reconfiguró la concepción del derecho y el papel de los actores sociales y los procesos mediante los cuales se les llama a los actores a articular el nuevo paradigma para las próximas décadas. Desde el 10 de diciembre de 1983, al comienzo de su era democrática, Argentina tomó una serie de decisiones que han modificado drásticamente su cultura jurídica; eran una respuesta a los acontecimientos que habían herido al país en la década anterior.

La experiencia argentina del mal radical ocurrió a mediados de los años 1970, solo 30 años después del Holocausto y poco después de Nuremberg. En 1976, (una vez más, por sexta vez desde 1930), un golpe de Estado militar había tomado las instituciones democráticas en medio de una situación generalizada de violencia política. La respuesta, una vez que las fuerzas armadas estaban en el poder, era orquestar un sistema clandestino de secuestros masivos, torturas y asesinatos bajo el cínico nombre de 'desapariciones'. El propio Estado se convirtió en terrorista y criminal, incluso bajo las definiciones

legales vigentes en el momento. El diagnóstico de por qué sucedió fue disputado, pero finalmente una razón salió imperante: el problema fue la violación del debido proceso y el absoluto desprecio por el estado de derecho. Mediante un actor crucial, las Madres de Plaza de Mayo, las familias de las víctimas reclamaban la verdad acerca de su paradero, el debido proceso si habían sido acusados de un crimen y el castigo de aquellos que les habían quitado a sus hijos de forma ilegítima. Se culpó a muchas tendencias sociales por este evento: el desprecio tradicional hacia las normas; el corporativismo; el sistema de concentración de poderes; y la falta de una cultura de los valores liberales. En todo caso, cuando la dictadura se derrumbó bajo la presión de una crisis económica, la derrota en la Guerra de las Malvinas/*Falklands Islands* contra Gran Bretaña, y fundamentalmente por la presión interna y, muy importantemente, externa de los grupos de derechos humanos, comenzó un proceso de transición hacia la democracia.

El partido ganador hizo campaña usando la Constitución como grito de guerra y se comprometió a enjuiciar a los autores. No estaba claro si serían capaces de mantener su palabra. Después de todo, los militares responsables de las atrocidades estaban todavía en el poder y tenían la potencia del fuego sobre la población civil. La situación internacional no era favorable. La mayor parte de América Latina estaba bajo dictaduras; la breve primavera de los derechos humanos que había traído la presidencia de Carter a la región desde EE.UU. se había desvanecido y la Guerra Fría estaba en plena floración con Reagan. El Muro de Berlín estaba todavía en pie, y Nelson Mandela seguía en prisión. En ese contexto y solo con Nuremberg como precedente, un gobierno civil armó una comisión de la verdad para reunir pruebas, y con esa información impresa en el famoso 'Informe Nunca Más', procesó a los miembros de las juntas (gobierno militar) que hasta hacía poco eran los dueños de la vida, la muerte y la libertad en Argentina. En unos pocos meses, cinco jueces civiles los condenaron a prisión. Fue en ese juicio que el discurso de clausura de la fiscalía terminó con las mismas palabras del Informe: 'Sus señorías: ¡nunca más!'.

Después de este juicio (que no era el único, ya que cientos de militares estaban siendo procesados en ese momento), la historia tiene sus altos y bajos. Incluye erupciones violentas de presión militar para limitar los juicios que forzaron la mano del gobierno en medio de las difíciles circunstancias económicas; un cambio peligroso de gobierno que llevó a una amnistía general; a la presión permanente de las organizaciones de derechos humanos que eventualmente desembocarían en juicios basados en el derecho a la verdad; la búsqueda de los hijos de los desaparecidos; y luego, la decisión de reabrir juicios bajo la justificación de que la amnistía en estos casos era inconstitucional e ilegal según el derecho internacional.

Pero yo creo que el éxito de la lucha por el derecho al debido proceso y a la aplicación del estado de derecho no debe ser evaluado en base a la historia de los procesos penales. Si el diagnóstico hubiera sido la falta de estado de derecho, cualquier evaluación de la estrategia para hacer frente a este problema tiene que centrarse en si se ha cambiado la configuración de la política argentina con el fin de que nunca más se produzcan dictaduras y violaciones a los derechos humanos. La estrategia era la siguiente: de las demandas de las familias de las víctimas asumidas por un partido político, el gobierno democrático decide procesar a los peores autores de violaciones masivas a los derechos humanos avaladas por el Estado. Reúne una Comisión de la Verdad, poblada por un grupo de notables, que recopila pruebas para ser utilizadas por los fiscales y publicadas en un informe. Los acusados son procesados y condenados a varios años de prisión. En retrospectiva, la estrategia se traduce a la reconfiguración de la política argentina de la siguiente manera: en forma de una sociedad civil movilizadora que se organiza colectivamente e identifica colectivamente a la política pública como una violación de los derechos humanos. Las organizaciones exigen a las autoridades poner fin a las violaciones y cuando éste no responde, buscan alternativas. Con el tiempo, la definición de la situación, la violación de un derecho, se traduce en la jerga jurídica y es llevada a los tribunales, que producen una decisión que debe ser aplicada por las autoridades, y la ejecución es controlada por la sociedad civil en un proceso interminable que llamamos democracia constitucional.

En efecto, el coraje de las Madres y las organizaciones de derechos humanos se traduce en la democracia argentina en forma de cientos de nuevas ONG que defienden colectivamente las definiciones plurales de los derechos humanos. Ahora tenemos derechos, donde en el pasado había solo el bien común definido por el Estado, incluso uno no democrático. La vergüenza producida por

el informe (que se convirtió en un *best-seller*) explica por qué las protestas sociales no son procesadas penalmente en Argentina, incluso cuando hay más de 3.000 cortes de calles y carreteras por año. Ningún gobierno democrático desea ser equiparado a una dictadura. La intervención de los tribunales, el uso de los derechos constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos abrió muchos espacios para la deliberación acerca de la idoneidad de las políticas públicas. Algo de verdad, algún castigo, algunas reparaciones e incluso algunas amnistías en diferentes proporciones cambiaron la política argentina. Han pasado casi 30 años y la posibilidad de un golpe de Estado todavía nos resulta inimaginable mientras la ética de los derechos humanos impregna todos los espacios de nuestro lenguaje político.

Hubo muchas áreas en las que esta reconfiguración dio lugar a modificaciones asombrosas para aquellos que habían estado trabajando en el paradigma anterior. La concepción del derecho penal y del procedimiento penal a la interpretación de los derechos constitucionales, o las implicancias del debido proceso, fueron algunas de las decisiones políticas que se tensaron por las demandas de 'juicio y castigo' de los que masiva y sistemáticamente habían violado los derechos humanos. Per el cambio con respecto a la relación con las normas que emanan de los actores no nacionales, cuya legitimidad ha alcanzado registros inauditos en comparación con nuestra cultura y práctica anterior, no fue menos espectacular; como tampoco lo fue la transformación de la relación entre la sociedad civil (otro nuevo concepto en la política argentina) y el Estado a través de la aparición de nuevos actores sociales; o la forma en que estos actores sociales ahora participan de los procedimientos que les permiten reclamar sus derechos en los espacios de políticas públicas previamente prohibidos para ellos.

En el contexto de este trabajo es particularmente pertinente preguntarse en qué medida este proceso de reconfiguración está vinculado con los cambios en la profesión jurídica y con el fenómeno de la globalización. Sin embargo, en la medida en que las barreras tradicionales entre lo nacional e internacional y lo público y lo privado son parte, justamente, de lo que está en juego, lo que sigue es un breve intento de articular esta reconfiguración cultural y monumental, cuyo semblante final no es nada claro.

Los territorios extranjeros eran un lugar natural para la actividad política argentina; eran la alternativa para evitar la violencia política y el riesgo de muerte. Muchos de nuestros textos fundacionales fueron escritos en el exilio político. Este hecho pone de relieve otro: las vidas de los que formaron nuestra historia estuvieron marcadas por la impronta de la diáspora, por el dolor de no pertenecer a la comunidad en que uno vive, y la necesidad de hablar y oír hablar de historias de la patria de uno. El éxito de las políticas de inmigración creadas a finales del siglo XIX produjo una ola de gente que, aunque deseosa de rehacer sus vidas anhelaban sus países de origen, mantenían una nostalgia que produce una curiosidad permanente de lo que se dice en el extranjero acerca de nosotros. Es una estrategia conocida entre nuestros políticos la de realizar *tourés* en el extranjero con el fin de que la prensa cubra lo que de otra manera pasaría desapercibido. Las políticas argentinas se pueden producir en el exilio.

Estas habilidades resultaron útiles durante el último gobierno militar. Muchos de los que hicieron posibles las condiciones que dieron lugar al sistema democrático basado en la defensa de los derechos humanos fueron abogados que regresaban de un exilio que los ayudó a articular una nueva concepción del derecho y la política. El derecho internacional y las instituciones y procesos que más tarde darían lugar al fenómeno de la globalización ya habían demostrado su potencial para fines de la década de 1970. El poder de la arena internacional para producir acontecimientos políticos durante la dictadura había vinculado a la transición democrática con la transnacionalización de la política, tanto en situaciones formales como informales.

Esta historia comenzó a raíz de la violencia política de la década de 1960 cuando los abogados comenzaron a trabajar para los movimientos sociales y las organizaciones revolucionarias violentas, mientras al mismo tiempo mantenían una clara separación entre sus diferentes actividades. Como profesores de las facultades de derecho, continuaron la tradición del formalismo y el dogmatismo jurídico, separando el derecho de otras disciplinas y en particular de las discusiones normativas o políticas. De hecho, al igual que desde la creación del Código Civil en 1870, la educación jurídica consistía de la repetición de los textos legales y la explicación de los textos de los juristas. En su profesión como abogados defendían a sus clientes a través de la aplicación técnica de la ley y cuando

estos clientes eran compañeros activistas que habían sido detenidos, la defensa técnica consistió en la utilización del derecho penal tradicional. Por último, en su activismo político participaban como cualquier otro miembro de la organización a la que pertenecían.

El panorama cambió drásticamente a principios de la década de 1970 y, especialmente, con la aparición de grupos clandestinos armados (vinculados a las Fuerzas Armadas y al gobierno) que se dedicaban a la represión de los grupos violentos, pero también a la de las organizaciones políticas y sociales. Así, cuando desaparecieron los mecanismos institucionales que incluso bajo los gobiernos militares establecían un mínimo de debido proceso, los abogados se vieron perdidos con respecto a su función. Sus viejos caminos los conducían a presentar, sin éxito, escritos de *habeas corpus* y solicitar medidas cautelares individuales contra un Estado que había sido tomado por los grupos clandestinos y paramilitares responsables de la persecución política. Fue en ese momento que los abogados comenzaron a trabajar en contra de lo que llamaron 'la represión y la tortura'.

El golpe de Estado de 1976 profundizó esa tendencia y los abogados que lograron sobrevivir a una persecución implacable tendrían que recurrir al exilio. Desde el extranjero, la mayoría de ellos fueron fundamentales en las estrategias de las organizaciones que comenzaron a denunciar las violaciones de derechos humanos. De hecho, hacia finales de 1975, apenas tres meses antes del golpe, se creó la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. En abril de 1977 se formó Madres de Plaza de Mayo: un grupo de mujeres que comenzó a reunirse para pedir información sobre sus hijos desaparecidos. Luego, ante la imposibilidad de ser escuchado en un país tomado por el terrorismo de Estado, el exilio una vez más se convirtió en la caja de resonancia y el lugar donde se difundían las noticias sobre el secuestro, la tortura y los asesinatos. Es así como el concepto de derechos humanos comenzó a circular y llegar a ser operativo en Argentina.

Las estrategias de las organizaciones de la sociedad civil no solo implicaban marchas y medios de comunicación, utilizaron las plataformas institucionales que en ese momento el derecho internacional proporcionaba débilmente: el ex Secretario General de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Senado de Estados Unidos, entre otros. Los informes sobre las masivas y sistemáticas violaciones al derecho reorientó el trabajo hacia lo que hoy denominamos derecho internacional de los derechos humanos: la agenda de la democracia constitucional llegó a Latinoamérica a través de los canales más inusuales.

El regreso del exilio coincide, por supuesto, con el regreso de la democracia. La agenda de internacionalización de los derechos humanos se convirtió en una exigencia de políticas públicas consistentes con la agenda de las organizaciones de derechos humanos: los juicios penales y el castigo. En gran medida, el triunfo del Partido Radical en 1983 fue construido sobre esta agenda. La política de derechos humanos de Alfonsín honra esta exigencia aunque sin el retribucionismo (todos los involucrados en las violaciones merecían castigo) que las organizaciones pretendían. Esta tensión enfrentaría al gobierno democrático con la oposición simétrica a la vista retributivista (ninguno de los involucrados merecen castigo) exigida por las Fuerzas Armadas.

Los dos candidatos a la presidencia democrática disientían sobre la posibilidad legal de los juicios: Alfonsín, del Partido Radical, y Luder, del Partido Peronista. Este último había admitido que la ley de autoamnistía así llamada, impedía los procesos penales por delitos cometidos durante el gobierno militar. El primero proponía distinguir entre las leyes *de facto* y *de jure*, poniendo fin a la doctrina *de facto* que había sido instaurada por la Corte en 1930, y permitiendo a las autoridades democráticas tener el poder de incluir o no las normas generadas en el sistema legal de la nación durante los gobiernos militares. El Congreso democrático declaró nulas las leyes de autoamnistía, permitiendo el procesamiento de los responsables de las atrocidades.

La política de derechos humanos de Alfonsín asumió gran parte de lo que se aprendió en el exilio. De hecho, se modificaron leyes importantes, y en particular, se ratificaron varios tratados internacionales de derechos humanos, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos (lo que significaba la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como obligatoria), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por lo tanto, el derecho internacional multiplicaba el contenido de la lista de derechos, así como las jurisdicciones para exigir su cumplimiento. Desde ese momento, los derechos de los argentinos no se limitaban a los que se incluyeron en las cuatro

esquinas del texto constitucional sino que se extendieron a los que la comunidad internacional habían acordado después de los horrores del Holocausto. Pero, además, esos tratados ofrecieron espacios para la deliberación acerca de la manera de honrar estos derechos y los procesos a través de los cuales cada vez más actores (individuos y organizaciones de la sociedad civil) podían hacer cumplir esos mandatos, incluso contra la voluntad mayoritaria de los Estados democráticos.

Nada de esto hubiera sido posible sin el consentimiento de los actores institucionales clave. Es interesante señalar, en su haber, lo apropiado que resultó ser que la misma institución que hundió el último clavo en el ataúd de la democracia en Argentina en 1930, con la afirmación del absurdo concepto de la ley de la fuerza, acompañó el nacimiento de la democracia con la afirmación de la fuerza de la ley. De hecho, la Corte Suprema respondió a estas modificaciones, haciendo espacio para la teoría de la distinción entre los gobiernos militares y la democracia, justificando así una ruptura institucional con su pasado no democrático y asumiendo una actitud fundamental de su jurisprudencia:

‘La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos’ (en fallo Bazterrica, voto del Doctor Petracchi).

Esa actitud de la Corte revela su voluntad de convertirse en un actor político y activo, inaugurando una nueva visión del papel del poder judicial en la democracia. Los tiempos de deferencia acrítica a las decisiones con respecto a las políticas públicas se han quedado atrás. A partir de ahora, el poder judicial se ha convertido en un espacio más de deliberación pública sobre la adecuación constitucional de las decisiones de los argentinos.

La caída del gobierno de Alfonsín y la llegada de Menem profundizó esta visión de la Corte. El gobierno decidió llevar a cabo ciertas políticas que supuestamente iban a ser difíciles de aceptar por los jueces, tales como la privatización de las empresas estatales y el proceso de desregulación de ciertos mercados; consiguió la deferencia de la Corte Suprema por el aumento del número de sus miembros y la incorporación de una mayoría propia en sesiones secretas rápidas en el Senado de la nación. La nueva Corte rechazó las propuestas institucionales e ideológicas de la Corte de Alfonsín y se concibió a sí misma como un tribunal deferente hacia las decisiones de los poderes políticos, en particular, las del Presidente.

La legitimación de los decretos presidenciales era el punto de partida que el gobierno necesitaba para hacer frente a una ambiciosa política de reforma del Estado y sin controles efectivos. Si el Presidente no contaba con los votos suficientes en el Congreso, legislaría mediante decretos que el alto tribunal reconocería como si fueran leyes del Congreso. De ese modo, la politización del poder judicial, para bien o para mal, se convirtió en un hecho de la vida judicial.

En el proceso de reforma del Estado, aprobó los dictados del Consenso de Washington y avanzó a través de decretos ejecutivos, y ciertas leyes y decisiones judiciales con una velocidad impresionante y absoluta indiferencia por el estado de derecho. Así, los proveedores de servicios públicos estatales fueron privatizados, muchas actividades fueron desreguladas y una gran variedad de agentes reguladores fueron creadas. Estas entidades se crearon con el mandato de controlar el servicio público de conformidad con la nueva normativa. Para hacerlo, tenían cierta autonomía y se pusieron en marcha ciertos procedimientos de participación del público que legitimaban a los consumidores, ya sea individualmente o través de organizaciones creadas para tal fin. Así, con la fuerza de los vientos internacionales que soplaban a favor del reinado del control de mercado, una nueva concepción del derecho administrativo erosionó las regulaciones centralistas y exclusivas de la tradición anterior. Este nuevo derecho administrativo arribó a la Argentina y produjo un gran número de asociaciones de consumidores que se apropiaron de los nuevos (u olvidados) procesos y encontraron abogados dispuestos a defender sus derechos y jueces dispuestos a escucharlos.

Tomando el ejemplo de las organizaciones de derechos humanos y su lucha en los tribunales para llevar a cabo su agenda de demandas, las organizaciones no gubernamentales comenzaron a multiplicarse. Con el entusiasmo ciudadano, el financiamiento interno o externo, o en el caso de las

asociaciones de consumidores, incluso el financiamiento del Estado como una manera de contrapesar la fuerza de las empresas privadas, la sociedad civil se organizó en fundaciones y asociaciones de la más variada naturaleza. Junto a ella, los abogados que habían sido los protagonistas de las luchas judiciales nacionales e internacionales para los derechos humanos ofrecían sus conocimientos y habilidades recientemente adquiridos a sus nuevos clientes en el interés de la defensa de sus derechos ante los tribunales y ante los tribunales administrativos que ahora proliferaban.

Poco antes del final de su mandato, el presidente Menem se puso de acuerdo con el ex presidente Alfonsín para reformar la Constitución federal. La necesidad de Menem de lograr su reelección se enfrentó con el deseo de Alfonsín de reducir la tendencia del sistema hacia el hiper-presidencialismo. Pero una demanda popular de combatir la corrupción y aumentar las herramientas para multiplicar y hacer cumplir los derechos constitucionales también definió al nuevo texto. Así, en un movimiento audaz, un importante número de tratados internacionales de derechos humanos se incorporaron en el texto de la Constitución. A pesar de que algunos de ellos eran ya parte de nuestra legislación, desde 1994, está claro que estos tratados están por encima de la legislación ordinaria y que (como la Corte ratificaría más tarde) los organismos encargados de su adjudicación (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al Pacto de San José) tienen la palabra final. La declaración de derechos es de esta forma extendida a través de la incorporación de los tratados en el texto constitucional. La incorporación de más derechos no solo afecta a los derechos individuales, sino también a los colectivos, como los derechos de los pueblos nativos y los consumidores, los derechos ambientales, el derecho a la libre competencia económica y el derecho a no ser discriminado.

A la complejidad de tratar con una lista amplia de derechos de la más variada naturaleza, el nuevo acuerdo político añadió la compleja cuestión institucional de la multiplicación de las fuentes del derecho. De hecho, el paradigma de derecho continental anterior se sustentó en el monoteísmo de honrar a una única autoridad, el Código, que confirmó su legitimidad en el artificio de la voluntad general. Ese régimen se convierte ahora en un sistema politeísta. La Constitución, los tratados internacionales, los decretos del ejecutivo y los reglamentos de sus entidades descentralizadas que reclaman autoridad y demandan obediencia descanzan no solo en la legitimidad de los votos, sino también en la fuerza contra-mayoritaria de los derechos, la necesidad de valor, la eficiencia económica y el crecimiento, o la estabilidad y la seguridad jurídica. Estas otras fuentes de autoridad ahora se agregan a la autoridad de los Códigos y las leyes. El politeísmo significa que los operadores jurídicos no pueden asumir una única autoridad, sino que tienen que ceder ante las demandas de estas diversas fuentes, y hacerlo de una manera que los usuarios del sistema entiendan sus decisiones y las respeten.

Al mismo tiempo, a la reforma de 1994 se suma un instrumento crucial, donde los derechos son reconocidos y protegidos por la forma de garantizar su eficacia: el recurso individual conocido como amparo, que había sido creada por la Corte Suprema casi 40 años antes como una reparación inmediata de violaciones constitucionales evidentes, y el nuevo amparo colectivo, que proporciona legitimación colectiva a la (o las) persona afectada, al Defensor del Pueblo nacional, y a las asociaciones creadas para defender los derechos colectivos. Como he mencionado antes, desde el inicio de la democracia, las organizaciones de la sociedad civil surgieron con nuevas demandas, inspiradas por el éxito de las organizaciones de derechos humanos fundadas en el deterioro de los partidos políticos. La reforma de 1994 dispuso una agenda más amplia para esas organizaciones de constitucionalizar sus demandas y herramientas para forzar tanto al poder judicial, recientemente convertido en un actor político abierto, como a los poderes mayoritarios a dar forma a sus acciones de acuerdo con las promesas de la nueva Constitución.

Así es como surgió la práctica del interés público. La práctica del interés público utiliza conscientemente las formas de ley para incluir a aquellos que habían sido excluidos de la deliberación democrática, para mantener los procesos que garantizan esa deliberación, y para preservar los acuerdos semánticos en los que se expresa el lenguaje de la ley. En ese sentido, es mucho más amplia que la práctica de casos a través de acciones colectivas, pero dada su historia particular en nuestro país, la práctica del interés público y las acciones colectivas han ido de la mano desde un punto de vista histórico y conceptual.

En América Latina, la práctica del interés público se ha vinculado desde sus inicios con acciones que han tratado de modificar el estado de los cargos públicos a través del uso intensivo de herramientas

jurídicas innovadoras. Las diferentes formas que asume la práctica del interés público generalmente se subsumen dentro de la categoría de litigio de impacto, y han sido diversas. Por lo tanto, existen muchas estrategias de interés público nuevas, p. ej., la coordinación de estrategias judiciales con las agendas políticas de los movimientos sociales; una cierta visión elitista (muchas veces justificada por los fracasos de la política mayoritaria) de las necesidades legales de los excluidos del acceso a los derechos, e incluso la actividad de ayudar a construir personas jurídicas para los actores sociales necesarios para los casos; generando estructuras asociativas y funcionales para defender la agenda política que se está tratando de avanzar.

Así es como se creó lo que podemos denominar política contramayoritaria: con la aparición del discurso de los derechos humanos, la validez normativa de los derechos constitucionales y de los derechos que se derivan de los tratados internacionales; con el nuevo papel que asumen los jueces; con la disponibilidad de procedimientos para las organizaciones de la sociedad civil para tener acceso a una justicia efectiva; y con la aparición de actores públicos y privados que estén dispuestos a ejercer las funciones a veces peculiares de los clientes y abogados en casos de interés público.

Esta práctica supone la existencia, entonces, de dos actores clave: el cliente de interés público y el abogado de interés público, y de una relación particular entre ellos, el contrato de interés público. El cliente de interés público debe conocer (y ser advertido por su abogado de las dificultades que entraña) el rol particular que él o ella asume cuando decide litigar un caso de interés público. En tales circunstancias, el cliente debe aceptar que, dado el caso, él o ella debe postergar sus intereses privados en favor del interés público que afirmó defender cuando asumió el caso. Dada la complejidad de los conocimientos y habilidades necesarias para poder asumir un papel de este tipo, algunas de las iniciativas de las organizaciones de la sociedad civil interesadas en esta práctica generaron programas de formación jurídica y capacitación jurídica en los que se entregan las herramientas necesarias para asumir este nuevo papel.

Por otro lado, el abogado de interés público debe informar al cliente de las tensiones y dificultades a los que se está exponiendo y debe llevar adelante el caso sin perder de vista que debe centrarse en la causa que se acordó con el cliente. De esta manera, la ética de la relación profesional que se crea en un caso de interés público tiene ciertas particularidades. La agenda de estos abogados (ONG legales o especializadas en el tema, o en las facultades de derecho con clínicas de interés público) ha ido cambiando. En un principio, la agenda del abogado de interés público consistía en acompañar los reclamos de las ONG y les ofrecía una herramienta más para la defensa. Sin embargo, como se descubrieron nuevas necesidades procedimentales, características en estos casos, los abogados de interés público empezaron a crear su propia agenda. De hecho, con motivo de la defensa del caso de su cliente, el objetivo general consistió en la creación de las herramientas procesales necesarias para realizar esta tarea de la mejor manera posible.

La creación de una práctica *pro bono* reconoce esta tradición del interés público como propia. Los abogados, dada la pasividad e incluso complicidad con regímenes que desatendieron los derechos humanos y el estado de derecho, organizaron respuestas a la crisis recurrente enfrentada por Argentina en las últimas décadas. Para hacer frente al mal radical, buscaron la verdad y el castigo; para hacer frente a la hiperinflación y el estancamiento, organizaron un Estado regulador y organizaciones de la sociedad civil para su control; para mejorar la deliberación sobre las políticas públicas desarrollaron mecanismos procedimentales para los intereses individuales y colectivos para acceder al sistema de justicia; y para luchar contra la pobreza y la corrupción desarrollaron organizaciones de servicios legales de asesoría y abogaron a favor de los menos favorecidos. Una nueva profesión está trabajando en un nuevo sistema político.

Tales cambios tectónicos requieren tiempo para instalarse en las prácticas. Necesitan nuevas formas de educación jurídica, nuevas reglas de ética profesional, nuevas organizaciones legales y una nueva relación con el poder judicial y el poder político. Pero la profesión jurídica argentina ha llegado tan lejos –lo suficiente como para mirar hacia atrás y tener muchas cosas de qué enorgullirse.

Capítulo 13

Conexiones Entre la Ética de la Lucha Contra el Lavado de Dinero y la Reducción de la Pobreza Mundial

Adrian Evans¹

Por qué el lavado de dinero y la pobreza global están conectados

El lavado de dinero (LD) agrava inevitablemente la pobreza global por varias razones.

En primer lugar, ayuda a la delincuencia organizada. Las organizaciones criminales globales y regionales, incluidos los grupos terroristas y los traficantes de armas ilícitas, dependen del LD para escapar de la detección y retrasar y confundir a la policía y a los organismos de lucha contra la delincuencia en sus esfuerzos por detectar lo que ocurre con los fondos generados por sus actividades. La razón de ser del crimen organizado y los gobiernos cómplices es la extracción de grandes cantidades de dinero de los grupos vulnerables y dependientes (por ejemplo, los consumidores de drogas adictivas, las minorías étnicas y religiosas, los jugadores compulsivos, los turistas sexuales e incluso los pedófilos). Estos individuos desarrollan culturas represivas sofisticadas y redes que a su vez consolidan un gran número de otras personas en el sufrimiento. En algunas regiones, por ejemplo, el norte de México, el sur de Tailandia, Somalia, Sudán del Sur y numerosos lugares menos conocidos del mundo, las operaciones de los grupos delictivos y la pobreza de las personas a las que efectivamente gobiernan, son inseparables. La capacidad de esos grupos de mantener las ganancias de su opresión es asegurada por el LD efectivo.

En segundo lugar, el LD priva a los gobiernos de ingresos, al permitir la evasión de los sistemas fiscales. Sobre todo en aquellas regiones que están sumidas en la pobreza, los gobiernos que desean reducir la pobreza se ven obstaculizados en sus esfuerzos para invertir en infraestructura social – especialmente el gasto en los programas de educación primaria y secundaria que afectarían a largo plazo la dependencia personal que ayuda a mantener la pobreza en un estado endémico. Estos problemas se hacen aún más pronunciados cuando las recesiones mundiales sucesivas (incluidas las que son generadas por el fracaso de algunos profesionales de estar a la altura de las implicaciones de la profesionalidad) deprimen aún más las economías, aumentan el desempleo y reducen los ingresos fiscales de nuevo.

En tercer lugar, debido a que el LD requiere de ayuda profesional para gestionar, configurar y mantener en secreto las conductas relativas a los fondos blanqueados, socava la integridad de los grupos profesionales, tales como abogados, contadores, financistas y banqueros. Colectivamente,

¹ Adrian Evans, Profesor de Derecho, Monash University. Esta breve nota fue elaborada como un suplemento para la Sesión de Prevención de Lavado de Dinero y Ética.

estas profesiones podrían ser un recurso mundial fundamental en la reducción de la pobreza, ya que median efectivamente entre el acceso a los medios de producción, la acumulación de riqueza y, sobre todo, la distribución de la riqueza. El LD opera para reducir la autoridad colectiva de estas profesiones, degradar a sus miembros al nivel de meros ‘técnicos’, cuyas opiniones son menos valoradas por su juicio moral, y a exigir más de ellos por su capacidad de ofrecer servicios amoraless sin cuestionar lo que se está haciendo. En este sentido, el LD es un factor en el mantenimiento de la pobreza en el mundo, ya que contribuye al empobrecimiento moral de los grupos clave de ciudadanos en todos los países que realmente podrían hacer algo para combatirla.

¿Qué opciones tienen los abogados en la decisión de comprometerse con la lucha contra el lavado de dinero?

Históricamente, la profesión jurídica ha estado a la vanguardia de todas las luchas políticas y sociales para hacer frente a la injusticia y fortalecer el compromiso de la humanidad con la justicia en la distribución de recursos. Sin embargo, algunos sectores de la profesión hoy en día parecen ser menos conscientes de estas obligaciones de profesionalidad y pueden preguntar, ‘¿por qué los abogados deberían involucrarse activamente en cualquier lucha contra la pobreza?’. Pueden hacer eco de la opinión de algunos académicos jurídicos que consideran que el papel de los abogados es estrecho – relacionado esencialmente con la interpretación y la aplicación de la ley, sin un compromiso moral por la equidad social.² Pero hay otros juristas y profesionales académicos que son igualmente vociferantes y defienden la tesis contraria. Estos escritores están seguros de la importancia de la aplicación activa de los abogados de una posición moral en su trabajo diario.³

Comentario sobre profesionalidad de la IBA

Si es cierto que la profesión de la abogacía requiere una agenda moral activa (y ese ‘si’ sigue siendo importante en algunos círculos legales, ¡ya sea que lo admitan o no!), entonces podemos recurrir a numerosas fuentes en un esfuerzo por revitalizar un sentido más amplio de la obligación profesional de combatir el LD; no solo porque en la mayoría de las jurisdicciones el LD es ilegal, sino porque consolida activamente la pobreza global.

Para empezar, las Directivas Generales de la IBA para la Formación y la Educación para la Profesión Jurídica identifican la necesidad de que este tipo de formación y educación incluya ‘consideraciones y cuestiones ético-deontológico’.⁴ La referencia a lo *deontológico* (es decir, a las nociones de equidad en la interacción humana), tiene más sentido en términos de la disciplina de la ética cuando se acompaña de una comprensión de los principales enfoques complementarios de la ética (*teleológico* – ‘el fin justifica los medios’, y *ética de la virtud* – la naturaleza crítica de la naturaleza humana. Las diferencias entre los tres enfoques se han sido descritas de la siguiente manera:

‘[Los consecuencialistas] están... en general preparados para ver sufrir a un individuo cuando el bien mayor... está en juego. Igualan la ética con la supervivencia numérica del mayor número [para el bien mayor] y su perspectiva se suele describir como teleológica....; Kant es el más conocido de la corriente opuesta, el “deontologismo”, que valora los derechos y la justicia por encima de sus

2 Hay una serie de autores que son escépticos hacia los imperativos morales en el contexto de la ética jurídica. Véase, p. ej., Daniel Markovits, *A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age* (Princeton University Press 2008); Stephen L. Pepper, ‘The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities’ (1986) *American Bar Foundation Research Journal* 613; W Bradley Wendel, ‘Civil Obedience’ (2004) 104 *Columbia Law Review* 363; y Tim Dare, *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer’s Role* (Ashgate 2009).

3 Véase, William Simon, ‘Role Differentiation and Lawyers’ Ethics: A Critique of Some Academic Perspectives’, (2010) 23 *Geo J Legal Ethics* 987 at 992; Christine Parker y Adrian Evans, *Inside lawyers’ Ethics* (Cambridge University Press 2007); Stephen Parker y Charles Sampford (ed.), *Legal Ethics and Legal Practice: Contemporary Issues* (Clarendon Press 1995); Julian Webb y Donald Nicolson, ‘Institutionalising Trust: Ethics and the Responsive Regulation of the Legal Profession’ (1999) 2 *Legal Ethics* 148; Mark Potter, ‘The Ethical Challenges Facing Lawyers in the Twenty-first Century’, (2001) 4 *Legal Ethics* 23; Duncan Webb, *Ethics, Professional Responsibility and the Lawyer* (Butterworths 2000); Julian Webb, ‘Being a Lawyer/Being a Human Being’ (2002) 5 *Legal Ethics* 130; Christine Parker, *Lawyers’ Ethics and Access to Justice: Just Lawyers: Regulation and Access to Justice* (Oxford University Press 1999) y Robert W Gordon, ‘A New Role for Lawyers? The Corporate Counselor after Enron’, en Susan D Carle, *Lawyers’ Ethics and the Pursuit of Social Justice: A Critical Reader* (New York University Press 2005).

4 Véase par. 3(c), noviembre de 2011. Las Directivas se encuentran disponibles en www.ibanet.org.

consecuencias. Su “imperativo categórico”⁵ originalmente requería solo benevolencia y fidelidad, pero más recientemente, el “kantianismo” se ha desplazado hacia los “derechos morales” de los otros, de modo que... [los] derechos, y no los medios o las consecuencias... [son lo prioritario]; [y] Trascendiendo ambos enfoques está la *ética de la virtud*, una filosofía antigua (pero cada vez más rejuvenecida) basada en el carácter de las personas que se deriva de la obra *Ética a Nicómaco* de Aristóteles.⁶ Los abogados acostumbrados a los ambientes duros tenderán a ser reacios a la mención de la erudición clásica, pero descartar la ética de la virtud como algo digno de consideración tiene un precio muy elevado. El ético de la virtud es una “buena” persona y, por lo tanto, supuestamente toma “buenas” decisiones, más allá de los derechos o las consecuencias. [Su orientación escapa de incorporar otros enfoques éticos importantes porque están en]... “un estado de felicidad, una vida integrada felizmente con un sentido de propósito, vivida en comunidad”.⁷ Las cualidades que una persona debe tener para lograr una vida adecuada son las *virtudes*. En conjunto, las virtudes: el coraje; la templanza; la magnificencia; el orgullo; el buen carácter; la amabilidad; la honestidad; el ingenio; la vergüenza y la justicia; a las que Aquino añadió la fe, la esperanza y la caridad,⁸ constituyen la vida ética.⁹

Por lo tanto, la conciencia ética tiene que ir detrás de las reglas de conducta e incorporar principios éticos desarrollados a través de la filosofía moral. En esto, la IBA provee liderazgo internacional:

‘La IBA insta jueces, legisladores, gobiernos y organizaciones internacionales para luchar, junto con los abogados y los colegios de abogados, para defender los principios establecidos en los Principios Generales. Sin embargo, ninguna declaración de principios o código de ética puede prever cada situación o circunstancia que pueda surgir. Consecuentemente, *los abogados deben actuar de conformidad con los dictámenes de su conciencia*, de acuerdo con el sentido general y la cultura ética que inspiran a estos Principios Generales’¹⁰ [sin cursivas en el original].

Pero después de conocer una situación de LD, lo que los abogados pueden necesitar, y en la actualidad carecen, es el valor para actuar, que puede provenir de los principios que subyacen en nuestros códigos nacionales.

Además de los tratados contra el lavado de dinero (ALD) y el aumento de legislaciones nacionales con el mismo fin, los códigos de ética jurídicos ya tienden a alejarse del secreto profesional de encubrimiento y a fomentar que los abogados tengan la valentía de divulgar las actividades delictivas de los clientes. Por lo tanto, los abogados no pueden excusarse en el secreto profesional para ayudar a la actividad delictiva.¹¹

Además, la denuncia de delitos *pasados* también es cada vez más importante. El Comentario estipula que: ‘un abogado no puede invocar la confidencialidad/el secreto profesional en las circunstancias en que el abogado actúa como cómplice de un delito’,¹² ya que en la medida en que un abogado tenga conocimiento de un delito y se mantenga en silencio, corre el riesgo de convertirse en un accesorio después del hecho, y de ser inculcado como cómplice.

5 Immanuel Kant, *Foundations of the Metaphysics of Morals* (1785) (Lewis White Beck trad., 1959, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 2a ed. 1990) 46.

6 Véase Justin Oakley y Dean Cocking, *Virtue Ethics and Professional Roles* (Cambridge University Press 2001); Tim Dare, ‘Virtue Ethics and Legal Ethics’ en Duncan Webb (ed.), *Seven Essays on Professional Ethics* (Victoria University of Wellington, Wellington 1998) 141.

7 *Ibid.*, 58.

8 Tomás Aquino (c 1224–1274) *Summa Theologiae*, I-II, 62, a 1.

9 Este resumen de tres párrafos se extrae de Adrian Evans, *Assessing Lawyers’ Ethics* (Port Melbourne, CUP 2011) 68–69. Dewhurst comenta que: “la supervivencia numérica para el mayor número” es una declaración demasiado fuerte para algunos consecuencialistas. Observa que: “Mill no apoyaba esta posición y consideraba que había bienes mayores. Para consecuencialistas como Mill, solo se hace el daño a unos pocos a favor de la mayoría cuando el daño es inevitable y hay que elegir entre uno u otro para sufrir una consecuencia negativa. No es una cuestión de imaginar un beneficio positivo para muchos y luego sacrificar algunos para lograrlo. Para Mill, el objetivo de la acción utilitaria es asegurar las virtudes para toda la humanidad, toda la creación consciente; y hay momentos en que el individuo debe sacrificarse por el bien de todos”. (Comentario en el archivo del autor, 25 de octubre 2011).

10 Extraído de IBA, ‘Commentary to the General Principles of the Legal Profession’ (2010) Introducción, No. 7.

11 Véase, ‘Commentary on IBA General Principles for the Legal Profession’ (2010) nota explicativa no. 1.2: “Los abogados no pueden invocar el secreto profesional al ayudar e instigar la conducta ilícita de sus clientes. No existe ninguna protección ofrecida por los tribunales o las autoridades gubernamentales de confidencialidad/secreto profesional entre los participantes de un delito”. Asimismo, los códigos de ética nacionales típicamente permiten a los abogados revelar información cuando la finalidad es evitar un delito grave, p. ej., el *Australian Solicitors Conduct Rules*, r 9.2.4.

12 *Ibid.*

Opciones para abordar la ética fundamental

Dejando de lado los *códigos* de ética (que están mejor definidos como declaraciones de responsabilidad profesional, dado que los principios de la ética no pueden ser codificados de forma reglamentaria o ejecutable), también hay una variedad de escalas psicológicas o instrumentos que se han desarrollado para medir los niveles de conciencia de la complejidad moral –por ejemplo:

- imperativos morales derivados de la creencia religiosa (demasiado numerosos para abordar aquí);
- Las seis categorías de Kohlberg¹³ de desarrollo moral –que son las siguientes:
 - **Etapas 1 Castigo y obediencia** –contundente, básica y retributiva;
 - **Etapas 2 Relativista instrumental** –pragmatismo –‘usted rasca mi espalda, yo rasco la suya’– que implica el interés mutuo en lugar de la aspiración;
 - **Etapas 3 Concordancia interpersonal**– el buen comportamiento es el que es aprobado por los demás– agradable, amable e insípido;
 - **Etapas 4 La ley y el orden** son algo más contemporáneo– las leyes gobiernan la conducta y la obediencia a la ley es un deber– tendiendo a la religiosidad extrema e inclinándose a la inflexibilidad– (es aquí donde se suele encontrar la legislación ALD);
 - **Etapas 5** más prometedora –**Contrato social/legalista**– las personas son conscientes de la naturaleza ‘relativa’ de los valores personales y se comportan de acuerdo a la utilidad social;
 - **Etapas 6 –Ética universal**, que afirma que el mejor comportamiento se rige por principios éticos universales selectos que trascienden las leyes, y lo más importante, las reglas de conducta profesional. Es razonable esperar que un abogado que puede identificarse con la etapa 5 o 6 también asocie el ALD con la capacidad y la oportunidad de los profesionales de reducir la pobreza en el mundo.
- varias escalas específicas para los abogados, por ejemplo, los tres tipos de abogados de Atkinson:¹⁴
 - **El tipo 1 es moralmente neutro** y conscientemente haría casi cualquier cosa para sus clientes (nótese que el tipo 1 queda *afuera* de las etapas de Kohlberg). Este abogado pretende justificarse con el argumento (bastante creíble) de que la sociedad no tiene seguridad, salvo por la voluntad necesaria de los abogados de participar en ejercicios complejos que giran en torno a la letra estricta de la ley.
 - Por el contrario, **el tipo 2** se ve a sí mismo como ‘**asistente del tribunal**’ y ve a las normas públicas de la decencia como algo más amplias de lo que dice la letra estricta de la ley (etapas 5 y 6 de Kohlberg)– centrado en las nociones de justicia, verdad y honor. Un abogado de tipo 2 probablemente sea más receptivo a las conexiones entre el ALD y la reducción de la pobreza global.
 - **El tipo 3** es el abogado como **agente para el cambio**, el provocador que busca espacios para fines de reforma para adecuar las normas a lo que él o ella considera moralmente correcto (elementos de la etapa 6 de Kohlberg).
- y la categorización en cuatro partes de Parker de **defensa entusiasta, abogacía responsable, defensa moral** y la **ética del cuidado**.

Tipología de Parker de los abogados

La tipología de Parker¹⁵ puede ser la más accesible para los abogados, ya que se centra en el concepto de rol. Muchos de nosotros ya estamos familiarizados con el primer rol que se describe abajo, pero hay una serie de otras categorías de conducta que pueden proporcionar más profundidad cuando se trata de la necesidad de combatir el LD.

1. El **defensor entusiasta o adversarial** suele ser dominante y orientado a la ‘función profesional’, comprometiéndose con las demandas del cliente, mientras que niega ver ningún rol para el abogado como ‘ser individual’. El defensor entusiasta es la consecuencia extrema y clínica de la cultura adversarial predominante (similar al tipo 1 de Atkinson; pero *fuera* de las etapas de Kohlberg).

¹³ Véase Lawrence Kohlberg, *The Psychology of Moral Development* (Harper y Row 1984).

¹⁴ Véase R Atkinson, ‘A Dissenter’s Commentary on the Professionalism Crusade’ (1995) 74 Texas L Rev 259.

¹⁵ Véase, p. ej., Christine Parker, ‘A Critical Morality for Lawyers: Four Approaches to Lawyers’ Ethics’, (2004) 30 Monash Law Review 49.

2. El *abogado responsable* está igual de convencido de la prioridad de la imparcialidad del proceso de resolución de disputas y de los ‘deberes [de los abogados] ante los tribunales’. El abogado responsable confía en que las normas en su esencia representan nociones destiladas de imparcialidad, basadas en los precedentes (tipo 2 de Atkinson; etapas 5 y 6 de Kohlberg).
3. El *activista moral* suele ser consecuencialista y se preocupa por los resultados socialmente justos, aunque todavía sin mucha conciencia emocional de los demás (tipo 3 de Atkinson; elementos de la etapa 6 de Kohlberg).
4. El *eticista (o relación) del cuidado* camina muy en paralelo con la ética de la virtud –este tipo de abogado prefiere mejorar las relaciones entre todos los afectados por el sistema de justicia. Este último tipo de abogado bien podría ser a la vez virtuoso y emocionalmente inteligente, aunque sin perder de vista las soluciones holísticas a problemas difíciles, busca mantener esa relación, ya sea como método o como propósito de todas sus interacciones profesionales.

Las reglas de conducta profesional y concepciones populares en los medios de las funciones de los abogados ayudan a imprimir en los nuevos abogados la visión de que las demandas de sus clientes son su única prioridad legítima. Pero las demandas de los clientes no son necesariamente lo mismo que sus intereses a largo plazo. Puede ser difícil vernos a nosotros mismos como algo más que defensores entusiastas, pero el impacto de las fallas morales en la CFG, las presiones crecientes del incremento de la población contemporánea, la disminución de los recursos y el pico del petróleo están agravando el calentamiento global y la pobreza mundial. Estos a su vez aumentan la intranquilidad global. El LD es una herramienta de aquellos que niegan y agravan estos enormes desafíos. En este contexto, las expectativas sociales de los abogados se están ampliando significativamente más allá de las funciones representativas estrechas, sobre todo para los abogados transaccionales. La imagen moderna de los tipos de abogados, como muestra el siguiente diagrama de Venn, ofrece una superposición de oportunidades:



Mientras que la relación general entre las preferencias del rol de los abogados es compleja e incierta,¹⁶ para los propósitos actuales, es razonable afirmar que el abogado que sepa con cuál de estos tipos de roles se siente *más cómodo* estará en una mejor posición para anticipar los desafíos que se requerirán de la profesión en el contexto de los desafíos globales. También puede estar mejor preparado para hacer frente a propuestas para participar del LD.

16 Adrian Evans y Helen Forgasz, ‘Framing Lawyers’ Choices: Factor Analysis of a Psychological Scale to Self-Assess Lawyers’ Ethical Preferences’ (2013) 16(1) *Legal Ethics*, 134.

Poniendo la situación *in extremis* y resaltando una obviedad, nuestros clientes no siempre tienen la razón, ni son buenos, pero tenemos opciones con respecto a las conductas que adoptamos. Asimismo, si también somos conscientes de que entrar en contacto con nuestra esencia ética nos ayudará a estar alerta ante posibles escenarios de LD, entonces será bastante menos probable que aceptemos sumisamente todo lo que los nuevos clientes nos dicen con la intención de explotar nuestra falta de experiencia con el LD.

Capítulo 14

Conferencia del Proyecto Sobre la Crisis Financiera Global de la IBA en Dublín: las Sesiones de Prioridad Presidenciales

John Claydon, Mary Gold y Luz Nagle

El Presidente de la Asociación Internacional de Abogados (IBA, por sus siglas en inglés) y el Grupo de Trabajo sobre la CFG, Pobreza y Derecho identificaron una serie de programas ofrecidos en la Conferencia Anual de la IBA en Dublín en octubre de 2012 a los que denominó “Sesiones de Prioridad Presidencial”. Estas sesiones se dirigían o bien específicamente a los efectos de la CFG sobre las personas y los países pobres y el papel del derecho en la mitigación o exacerbación de la pobreza, o a los ejemplos explorados tanto de regímenes de *soft law* como de *hard law* que se han creado para proteger, ya sea directa o indirectamente, los intereses de los pobres. Mientras que los últimos períodos de sesiones no abordaron específicamente el efecto de la CFG sobre la pobreza, sí sirvieron de orientación sobre cómo los gobiernos, las empresas y el derecho podían ser más sensibles a los intereses legítimos y las preocupaciones económicas de la población en tiempos de crisis económica. Además de la conferencia inaugural, las Sesiones de Prioridad Presidencial incluyeron la Exhibición de la División de Interés Público y Profesional (PPID, por sus siglas en inglés) de Abogados contra la Pobreza y otras sesiones que abordaron los derechos humanos y la protección económica de la población en general y, específicamente, de los pobres, así como las iniciativas de lucha contra la corrupción, regímenes anti-lavado de dinero (ALD) y RSE. En las páginas siguientes examinaremos todas estas sesiones. Esta es la obra de tres relatores: John Claydon, Mary Gold y Luz Nagle.

Discurso de apertura de Joseph Stiglitz

El Profesor Joseph E. Stiglitz, Laureado de premio Nobel en Economía y Profesor de la Universidad de Columbia en Nueva York, abordó el efecto negativo de la CFG en la ya creciente desigualdad de ingresos entre los ricos y los pobres, y esbozó los retos casi insuperables que enfrentan los pobres para tratar de mejorar su situación económica. En apoyo a la necesidad de importantes estímulos financieros gubernamentales, abogó por el abandono de los programas de austeridad económica, actualmente muy populares, que han sido implementadas por EE.UU., muchos gobiernos europeos, y otros gobiernos para reducir la deuda. A continuación se presenta una versión editada del discurso del Profesor Stiglitz.¹

1 Elaborada por Mary Gold.

Modalidades convencionales para hacer frente a la CFG

Han pasado cinco años desde el inicio de la CFG y la recesión continúa, sin recuperación inminente ni sostenida a la vista. La pregunta que surge es, ¿cuánto tiempo se puede esperar que dure la recesión? Se debe hacer hincapié, en primer lugar, en que las economías no se recuperan sin necesidad de intervención.

El diagnóstico en relación con la CFG es bastante simple: el sector financiero ha causado el problema, con la complicidad de las fallas de supervisión del gobierno —es decir, mediante malas políticas bancarias y regulaciones laxas que permitieron una serie de malas prácticas y sus consecuencias. Para tratar el problema, se acordó que se necesitaba tiempo para dar a los bancos la oportunidad de sanar, algo que en un principio se previó que tardaría cerca de un año y medio a dos. Se introdujo un estímulo leve para mantener la economía en marcha. Luego se planteó que con el sector financiero sanado, el país podría recuperar su posición anterior a la crisis. Sin embargo, tanto el diagnóstico como el remedio fueron incorrectos. De hecho, han transcurrido cuatro años desde el estímulo y las economías en EE.UU. y Europa no se han recuperado. Aun si la CFG desempeñó un papel crítico en la recesión, fue causada por mucho más que una crisis financiera.

Además, la sabiduría convencional sostiene que la ausencia de una banca efectiva impediría la inversión. Así, una vez que los bancos fueran restaurados a un nivel de viabilidad razonable, se creía que las inversiones también serían restauradas. Pero en efecto, salvo en los bienes raíces, la inversión ha vuelto en gran medida a la normalidad en EE.UU.; mientras que las grandes empresas tienen un estimado de \$2 billones en efectivo. Entonces, lo que está frenando la economía de EE.UU. no es la falta de financiación, sino la falta de utilización de estos fondos para estimular el crecimiento. Por el contrario, el resultado fue que la CFG empeoró los problemas de fondo de dos maneras: librando el apalancamiento excesivo de los hogares a la suerte y dejando a los bienes raíces pendientes. Esto tiene implicaciones importantes, especialmente para países como Irlanda y España, que superaron a EE.UU. en la gravedad de la explosión de su burbuja. Como resultado, será difícil restaurar estas economías al pleno empleo a causa de la brecha de la demanda agregada y la carga de la deuda de los individuos.

El aumento en la desigualdad de ingresos

Antes de la CFG, la desigualdad en la riqueza ya estaba creciendo en la mayoría de los países. La consecuencia de la crisis, en particular en Europa y en EE.UU., fue una exacerbación de esta tendencia. Hoy en día, la mediana de los ingresos familiares de EE.UU. ha vuelto a lo que era en 1996. El ingreso medio real de los trabajadores de sexo masculino a tiempo completo es de vuelta lo que era en 1968. La riqueza media es lo que era a principios de 1990. En 2010, el año de la recuperación, el 93 por ciento del crecimiento fue directo al uno por ciento con ingresos superiores.

Antes de la crisis, los bienes raíces en EE.UU. representaban el 40 por ciento de toda la inversión. Hoy en día es menos de la mitad de eso. Del mismo modo, antes de la crisis, la tasa de ahorro de EE.UU. fue cercana a cero. De hecho, el 80 por ciento de la población con ingresos inferiores estaba consumiendo el 110 por ciento de sus ingresos. La tasa de ahorro personal ha pasado de casi cero a un poco más del cuatro por ciento —todavía muy por debajo de la media tradicional y por debajo de lo que debería ser. Por lo tanto, incluso después del desapalancamiento, el consumo no será ni de lejos lo que era antes de la crisis. En cuanto a la demanda, la construcción de viviendas y el consumo, las mismas actividades que dotan a la economía de energía, van a ser notablemente más débiles de lo que eran en los años previos a la crisis.

Abordaje de la transformación estructural del trabajo

En EE.UU. y en Europa, la principal transformación económica estructural que se ve hoy es el alejamiento de la fabricación. Este cambio es paralelo a lo que ocurrió antes de la Gran Depresión. En aquél entonces, se produjo un aumento de la productividad en el sector agrícola, con el resultado de que se necesitaban menos agricultores para cultivar los alimentos necesarios para la población. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el 70 por ciento de la población trabajaba directa o indirectamente en la agricultura; ahora es solo el tres por ciento. Sin embargo, las personas que

trabajaban en el sector agrícola se trasladaron a los trabajos fabriles. Hoy nos enfrentamos a un problema análogo. Ahora, debido al aumento de la productividad en la industria fabril, los trabajadores tienen que salir de la fábrica a otros tipos de empleo –sobre todo en el sector de servicios. En EE.UU. y Europa, estos problemas se ven agravados por la globalización: una mayor proporción del reducido empleo fabril a nivel global se centrará en los mercados emergentes, y una parte más pequeña en EE.UU. y Europa. Incluso China ha tenido una marcada disminución en el empleo en la industria fabril. En EE.UU., la industria fabril representaba el 21 por ciento del empleo en 1980 y en 2012 representó menos del nueve por ciento. Somos víctimas de nuestro propio éxito. Cuando aumenta este tipo de productividad, disminuye el empleo.

Europa se enfrenta a problemas de transformación estructurales similares. España y Grecia están en la depresión –tienen 25 por ciento de desempleo, la misma tasa que en la Gran Depresión. Además, más del 50 por ciento de sus jóvenes están desempleados. Este es el momento de sus vidas en el que deberían estar construyendo sus habilidades; pero, en cambio, su capital humano se está debilitando y alienando. El futuro de estos países está en juego –su estabilidad, democracia, y demás, se ven afectados. El diagnóstico de lo que salió mal en Europa era incorrecto, y como resultado se indicó un remedio inadecuado. Nos dijeron que el problema era la deuda excesiva, pero la relación entre deuda y el PBI de Europa fue mejor que la de EE.UU. Antes de la crisis, Irlanda y España tenían un superávit, no un déficit. Cumplían todas las condiciones de los criterios de convergencia de Maastricht. A diferencia de Grecia, no eran libertinos. Si Grecia, un pequeño país de 10 millones de personas, fuera el único problema, se resolvería fácilmente. Debido a que el problema fue el diagnóstico erróneo de gasto excesivo, el remedio ha consistido de programas de austeridad nocivos.

Los mercados no suelen hacer estas transformaciones estructurales fácilmente porque los que tienen que desplazarse desde el sector viejo al nuevo tienen salarios bajos y pérdidas de valor en activos, y por lo tanto no pueden realizar las inversiones necesarias. Por estas razones, el gobierno tiene que asumir un papel importante. Para facilitar el paso de la agricultura a la fabricación, las políticas gubernamentales industriales keynesianas fueron cruciales. El Proyecto de Ley GI y la Segunda Guerra Mundial fueron importantes para la transformación posterior a la Depresión. Hoy en día, el gobierno necesita un papel aun mayor. Desafortunadamente el gobierno no está haciendo lo que debe y está alejándose de este papel. Un problema importante en EE.UU. es que el gobierno está llevando a cabo políticas de contracción.

Los efectos adversos de las medidas de austeridad

Las políticas de austeridad se han probado muchas veces y casi nunca funcionaron –fueron probadas sin éxito por Hoover en 1929 y más recientemente por el FMI en Asia oriental y América Latina. Estas políticas de austeridad han convertido las crisis en recesiones y las recesiones en depresiones. Los únicos ejemplos en los que la austeridad funcionó se encuentran en los casos en que las exportaciones han sustituido a los gastos del gobierno –algo que es más fácil para los países pequeños donde hay tipos de cambio flexibles. Es imposible para las grandes economías que tienen socios comerciales débiles depender de las exportaciones para la recuperación.

En Europa, se están intentando medidas de austeridad. En EE.UU. también se las ha usado para enfrentar la CFG. Hoy en día, hay 600.000 empleados menos en el gobierno que antes de la crisis y si se hubiera producido un aumento normal para reflejar el aumento de la fuerza de trabajo, se habría añadido alrededor de 1,2 millones de empleados en el sector público. Así, la caída del empleo del gobierno es uno de los principales factores que contribuyen a la debilidad de la economía. Al mismo tiempo, estos recortes están afectando la capacidad de EE.UU. para hacer las transformaciones estructurales necesarias.

Disposiciones bancarias y monetarias erróneas en Europa

Europa tiene el problema adicional de un acuerdo de divisas imperfecto: el euro es insostenible. La creación de la eurozona se basó en la política y no en la economía. Las condiciones económicas necesarias para una moneda común no estuvieron presentes. Los líderes de la UE sabían esto, pero tenían la esperanza de que, en los años siguientes, habría cambios suficientes para que el sistema

funcione y que la eurozona fuera viable. En los buenos tiempos, no había impulso para abordar la cuestión. No se hizo nada realmente hasta después de la crisis en Grecia, cuando se puso en práctica una serie de medidas equivocadas. Tener una moneda común quita dos mecanismos de ajuste importantes para hacer frente a un desajuste: mecanismos de tipo de cambio y ajuste de la tasa de interés. La devaluación interna, la reducción de salarios y precios, no parecen funcionar por sí solas. Lo que se necesita en Europa es el cambio estructural del arreglo del euro.

Mercados emergentes

Los mercados emergentes han capeado el temporal del 2008 mucho mejor de lo esperado. La razón fue el desacoplamiento de las economías de los mercados emergentes de las de los países industrializados avanzados. Esto fue sorprendente porque creíamos que los mercados emergentes eran dependientes de las exportaciones a los países industrializados. A China y la India les fue bien durante un tiempo, pero ahora están experimentando una desaceleración del nueve por ciento al siete por ciento de crecimiento. China es favorable al crecimiento más lento pero de mayor calidad y tiene el conocimiento y la capacidad de garantizar que el crecimiento no baje demasiado. La desaceleración está afectando a América Latina y África, ya que, mientras se benefician de recursos y precios de productos básicos altos en un entorno económico desafiado, la demanda se reduce. Sin embargo, en general, el crecimiento en los mercados emergentes no será lo suficientemente fuerte como para sacar a EE.UU. y Europa del bache.

Respuestas fiscales recomendadas para la CFG

- En EE.UU., lo primero a abordar es la crisis hipotecaria. Hoy en día, el 20 por ciento de los hogares están bajo el agua; siete millones de personas han perdido sus hogares y varios millones más están por perderlos. Se tienen que introducir mecanismos para que la población pueda reestructurar su deuda, como por ejemplo, una versión para propietarios de la regulación de bancarota del Capítulo 11 de EE.UU., que permite a las empresas buscar protección mientras se reestructuran.
- Es necesario que haya un estímulo fiscal. Constituye la mejor manera de abordar el déficit y la deuda que se avecina. El primer estímulo funcionó: el desempleo en EE.UU. habría alcanzado su pico de 12,5 por ciento sin ella –alcanzó su pico de diez por ciento. Pero el estímulo fue demasiado pequeño. Un estímulo adicional podría reducir el desempleo aún más. Hay que recordar que la recesión causó el déficit, no al revés. En este momento EE.UU. puede pedir prestado a una tasa de interés real negativa y puede invertir en el sector público, y en la infraestructura, la tecnología y la educación, todos los cuales han sufrido de falta de inversión. Estas inversiones permitirían a EE.UU. resolver algunos de los problemas de transformación estructural, abordar el problema de la desigualdad y promover el crecimiento económico.
- Si cambiara su marco económico, Europa también podría tener acceso al crédito, a la misma tasa de interés real negativa que EE.UU.
- Europa también necesita un sistema bancario común con un seguro de depósito común y una resolución común. La mutualización de la deuda también es necesaria. En la actualidad, los países endeudados solo pueden obtener préstamos a altas tasas de interés; esto debilita sus economías y es malo para la recuperación económica.
- La elección debe hacerse entre más Europa (una mutualización de la deuda en un marco bancario común) o menos Europa (una ruptura de la eurozona, tal como existe en la actualidad).

Respuestas jurídicas recomendadas para la CFG

- Se debe mejorar la gobernanza corporativa con el fin de corregir un sistema de incentivos que distorsiona el comportamiento y alienta al sector financiero a participar en la toma excesiva de riesgos. La función principal de este sector, en lugar de dedicarse a la especulación, debe ser proporcionar préstamos a pequeñas y medianas empresas que no pueden recaudar dinero en los mercados de capitales. También es importante que los accionistas tengan un “decir en el pago”.
- Se debe introducir regulación bancaria que impida a los bancos dañar a los demás mediante la

participación en una especulación que puede hacer daño a los clientes, accionistas, empleados, y demás. Los miembros individuales de la sociedad poseen una libertad importante, es decir, la libertad de no ser dañados por otros.

- Los abogados tienen que ser conscientes del hecho de que a causa de la CFG, la asistencia jurídica se ha reducido para aquellos que no pueden pagar servicios legales. La profesión jurídica debe insistir en que haya acceso a la justicia para todos.

La Exhibición de PPID: abogados contra la pobreza

Sesión conjunta de la División PPID y Pro Bono/Comité de Acceso a la Justicia²

Los objetivos de esta sesión, moderada por Joss Saunders de Oxfam, eran estudiar el alcance actual de la pobreza a nivel mundial, examinar sus causas y recomendar cómo los abogados pueden facilitar el cambio.

El Profesor Thomas Pogge de Yale University citó una gran cantidad de estadísticas relativas a la situación actual de la pobreza. Señaló, por ejemplo, que casi un tercio de todas las muertes en un año se deben a causas relacionadas con la pobreza, y que casi mil millones de personas sufren desnutrición crónica y carecen de agua potable y de vivienda adecuada. Dos mil millones de personas carecen de los medicamentos esenciales y aún más personas carecen de saneamiento adecuado. La disparidad de ingresos entre los ricos y los pobres del mundo es totalmente desproporcionada, y está en aumento. Los sistemas reguladores instan a las personas con recursos a aumentarlos: una fuerte protección de los derechos de propiedad intelectual favorece a los países ricos a expensas de los más pobres, lo que socava las exportaciones de los países en desarrollo. La contaminación que afecta las áreas de necesidades básicas, tales como el uso del agua y la tierra, perjudica a los pobres. Debido a que la elaboración de normas se mueve a nivel global, donde hay poca transparencia y rendición de cuentas para la ejecución, los que tienen recursos están bien situados para presionar a los gobiernos para proteger sus intereses.

La prevalencia de la pobreza a nivel global inspiró el establecimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU, ocho objetivos de desarrollo internacionales que han sido adoptados por todos los Estados Miembros de la ONU y varias organizaciones internacionales, a lograrse para el año 2015. Cada objetivo tiene metas específicas. La primera meta es la “erradicación de la pobreza y el hambre”. En 2005, los países del G8 acordaron proporcionar los fondos para cancelar US\$40–55 mil millones en deuda de los países pobres para que puedan canalizar los recursos ahorrados en los programas para aliviar la pobreza, el Informe de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU declaró que la meta de reducir la pobreza extrema a la mitad para el año 2015 ya ha sido alcanzada. Sin embargo, también proyectó que para el año 2015 casi mil millones de personas que vivirán con ingresos por debajo de la línea de pobreza de US\$1,25 por día. De los US\$120 mil millones anuales de asistencia oficial para el desarrollo, solo US\$15 mil millones, es decir, 0,04 por ciento del ingreso familiar mundial, se destinan a servicios de seguridad alimentaria, salud, educación, agua y saneamiento. Se desprende de este informe que el progreso en el logro de estas metas relacionadas con la pobreza ha sido desigual, con la generación de muchas más necesidades.

Las normas mundiales que establecen derechos económicos y sociales son a menudo vistas como derechos voluntarios o “programáticas”, y quedan sujetas a un logro gradual en vez de inmediato. Sin embargo, algunos estudiosos sostienen que el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 pudo haber alcanzado el estatus de derecho internacional consuetudinario, vinculante para todos los estados. Cualesquiera que sean los méritos de este debate jurisprudencial, más progreso es esencial. Según el Profesor Pogge, solo se puede lograr cuando los Objetivos de Desarrollo del Milenio dejen de ser metas independientes para convertirse en responsabilidades consensuadas para su logro.

2 Moderador: Joss Saunders, Oxfam, Oxford, Inglaterra. Oradores: Sr Stanislaus Kennedy, The Sanctuary, Dublín, Irlanda; Thomas Pogge, Yale University, New Haven, Connecticut, EE.UU.; Muhammad Yunus, Yunus Centre, Dhaka, Bangladesh. Elaborado por John Claydon.

El Profesor Pogge también abordó la cuestión de lo que podría contener un programa de lucha contra la pobreza después de 2015. Sus sugerencias incluyen:

- un impuesto sobre los países que proporcionan subsidios o créditos a la exportación que constituyen obstáculos al comercio;
- un impuesto sobre las emisiones de contaminantes;
- el pago de una cuota por ganancias de la exportación de armas;
- un impuesto a las empresas multinacionales para corregir los efectos de la pérdida de ingresos fiscales sobre las poblaciones pobres;
- una sanción a los bancos y países que mantienen cuentas bancarias secretas para titulares anónimos;
- prohibir a los líderes mínimamente represivos que asuman deudas para sus países;
- gravar las compras nacionales de recursos de los gobernantes no representativos;
- una opción para premiar a los nuevos medicamentos en base a su impacto en la salud, si se vende a precio de costo.

Muhammad Yunus, Laureado del Premio Nobel de la Paz y fundador del Banco Grameen en Bangladesh,³ habló de su experiencia con las microfinanzas y se expresó con elocuencia acerca de las causas y soluciones a la pobreza. El Banco Grameen, que es propiedad de los prestatarios, se creó porque los bancos tradicionales no prestan dinero a la mayor parte de la población mundial por no ser “solvente”, una caracterización con la que el Profesor Yunus no concuerda. El Banco Grameen presta servicios bancarios a los más pobres, especialmente en las zonas rurales, y hace muchos pequeños préstamos para fomentar el espíritu empresarial, mayoritariamente de las mujeres (98 por ciento). Se ha producido una tasa de devolución del 97 por ciento de los US\$11,5 mil millones prestados. Los préstamos se basan en la confianza y la rendición de cuentas, más que en las garantías y documentación legal. En este modelo, el crédito se considera esencial para el logro de la emancipación económica de los pobres.

Para el Profesor Yunus, la pobreza es creada por el sistema financiero actual, y las leyes e instituciones existentes pueden ser un impedimento para el alivio de la pobreza de muchas maneras. El estilo “caritativo” de los programas sociales del gobierno, por ejemplo, sirve para perpetuar la pobreza de generación en generación. Lo que se necesita, a su juicio, es el emprendimiento social, en forma de empresas conjuntas sin fines de lucro, y que faculten a los jóvenes para innovar y romper el ciclo de dependencia.

La Hermana Stanislaus (Stan) Kennedy discutió el estado de las personas sin hogar en Irlanda. Señaló que una persona de cada seis vive por debajo de la línea de la pobreza en Irlanda y que en la actualidad hay un estimado de 5.000 personas sin hogar y 93.000 hogares en la lista de viviendas asequibles. La falta de vivienda afecta en gran medida el disfrute de otros derechos, como la intimidad, el empleo, la educación y la participación en el proceso político mediante el voto. Los niños y los jóvenes son particularmente vulnerables dado que a las personas sin hogar a menudo se les niega la atención médica adecuada, especialmente postratamiento. Un miembro del público sostuvo que la falta de vivienda seguirá a menos que haya cambios sistémicos, entre ellos, un mayor papel del gobierno en la creación de empleo, y concordó con el profesor Yunus que la caridad no resolverá los problemas de pobreza. Otro miembro del público señaló que existe protección constitucional del derecho a la vivienda en algunos países, como Sudáfrica, y que este derecho debe ser reconocido en otros lugares.

Cada uno de los oradores, al igual que algunos participantes del público, consideró el impacto de la recesión mundial en hacer frente al desafío de la pobreza. En muchos países, entre ellos Irlanda y Japón, el número de personas que reciben asistencia social ha aumentado durante la recesión, poniendo mayor presión sobre los recursos públicos escasos y aumentando las tensiones sociales entre los beneficiarios de la asistencia social y los que creen que las personas con una mayor necesidad tienen la culpa de su propia situación. La Hermana Stan señaló que los beneficios, tales como la alimentación y la vivienda, que se consideran como *commodities* durante los períodos de auge se convierten en “derechos” durante una recesión, cuando los recortes presupuestarios limitan su distribución. Otras víctimas de la recesión que afectan la pobreza incluyen los fondos de asistencia oficial para el desarrollo, los incentivos para la creación de empleo y la disposición de los bancos a conceder préstamos para estimular los negocios,

3 Véase Capítulo 2 en la página ***19***.

y de las empresas para invertir en los planes para mejorar el desarrollo. Por último, como destacó el Profesor Yunus, el acceso a la justicia sufre: sin la disponibilidad de actividades robustas *pro bono* de los abogados, los pobres no tendrán una oportunidad real para que sus derechos sean reivindicados.

El último orador recogió el tema del trabajo *pro bono* y discutió el papel de los abogados en la erradicación de la pobreza. Yasmin Batliwala, presidente ejecutiva de A4ID, explicó el papel de su organización para asegurar “que el apoyo jurídico esté disponible para los que participan de la lucha contra la pobreza, y los abogados y las organizaciones de desarrollo, cuenten con las habilidades y los conocimientos necesarios para utilizar al derecho como una herramienta de desarrollo eficaz”. Con un énfasis explícito en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, A4ID ayuda a las organizaciones de desarrollo a entender cuáles son sus necesidades legales y, a través de algún programa de cotejo mediado, los pone en contacto con miles de abogados de todo el mundo que pueden proporcionar servicios legales gratuitos a estos grupos, así como a los colegios de abogados, empresas sociales y gobiernos de los países en desarrollo. A4ID también lleva a cabo programas de capacitación sobre una variedad de temas, entre ellos, sesiones para abogados y estudiantes de derecho sobre el uso de sus habilidades legales para promover el desarrollo. Desde 2006, A4ID ha auspiciado más de 1.000 proyectos legales que han aportado aproximadamente US\$40 millones en servicios y asesoramiento gratuito.

Además de sensibilizar sobre la responsabilidad de los abogados y estudios jurídicos para el alivio de la pobreza, el modelo de A4ID tiene ventajas para los programas de trabajo *pro bono* de los estudios jurídicos. En algunas partes del mundo, donde la profesión legal ha abordado el trabajo *pro bono*, principalmente en Estados Unidos, se ha hecho hincapié en las oportunidades de litigación, donde los abogados transaccionales suelen permanecer al margen. El modelo de emprendimiento social de A4ID amplía el rango de trabajo para abarcar este tipo de actividades transaccionales, como la redacción de contratos, la realización de la debida diligencia y la transferencia de los derechos de propiedad intelectual, ofreciendo a los abogados y las empresas no solo un enfoque de desarrollo, sino también una agenda *pro bono* más amplia con beneficios de capacitación conexos.

Algunos abogados de la IBA se encuentran en las empresas que trabajan con A4ID, otros, cuyos estudios son parte de la red Lex Mundi, acceden a las actividades de emprendimiento social multinacional a través del programa de cotejo de la Fundación Lex Mundi Pro Bono, y aun otros pueden contribuir al desarrollo y el alivio de la pobreza a través de la RSE de sus empresas. La IBA cumple una función en la extensión de estas oportunidades a todos sus miembros.

Recomendaciones para reducir la pobreza mundial

- Los abogados podrían asegurar que haya una gama adecuada de normas para apoyar el desarrollo.
- Podrían supervisar y evaluar la eficacia de las iniciativas de elaboración de normas.
- Podrían evaluar el impacto social de las actividades de rutina de la práctica que pueden avanzar los intereses de los clientes, sin perjudicar a los pobres (por ejemplo, ciertas formas de protección de la propiedad intelectual).
- Podrían ayudar a prevenir que las elites depredadoras malversen los recursos que se deben utilizar para el desarrollo, mediante el examen de las circunstancias de la adjudicación de contratos (por ejemplo, si fueron licitados, si se han pagado los impuestos y si se realizaron con la debida diligencia) y la impugnación de transacciones sospechosas.
- Aunque las reglas específicas de conducta profesional varían de una jurisdicción a otra, los abogados de todo el mundo comparten el valor profesional de la responsabilidad de la implementación del estado de derecho. Esta responsabilidad trasciende el servicio al cliente e incluye la prevención de que los clientes incurran en una conducta ilegal, al mismo tiempo que abarca el compromiso de garantizar que la ley contenga derechos sólidos, incluido el de aliviar la pobreza y asegurar el desarrollo económico.
- Otro componente clave es proporcionar a los desfavorecidos con medios para corregir las violaciones de los derechos. Actividades como la participación en la elaboración de normas, la evaluación de la eficacia y el impacto social de las leyes, y la participación en el trabajo *pro bono* son esenciales para el bienestar de un sistema legal e inherente a la función de los abogados.

- El Comité de Trabajo Pro Bono y Acceso a la Justicia de la IBA podría considerar la posibilidad de explorar vías de colaboración con A4ID, otras organizaciones similares, y los colegios de abogados para expandir tanto la totalidad de los proyectos legales para combatir la pobreza como el acceso a ellos por los miembros de la IBA.

Los desposeídos: un examen de los grupos al margen de la sociedad, sus derechos legales, los desafíos legales, éxitos y fracasos

Sesión conjunta de los Comités de Derechos Humanos y Derecho de los Pueblos Indígenas⁴

Esta sesión, presentada conjuntamente por los Comités de Derechos Humanos y Derecho de los Pueblos Indígenas, se centró en los desafíos jurídicos que enfrentan los pueblos que viven en los márgenes de la sociedad. En concreto, se exploró la situación de los Nómadas irlandeses y, a través de estudios de casos, las iniciativas que involucran a un grupo indígena en Canadá y un grupo étnico en Colombia que tienen como objetivo mejorar su bienestar social y económico.

Estudio de caso: Nómadas irlandeses

Los nómadas irlandeses (IT, por sus siglas en inglés) son una minoría étnica de, al menos, 29.573 personas en Irlanda.⁵ Su religión es la misma que la de la mayoría de los irlandeses: el catolicismo romano. Aunque la mayoría de los IT hablan inglés, tienen un idioma tradicional, el Shelta. También tienen una cultura distintiva principalmente relacionada con un estilo de vida nómada que es paralela a la de los aproximadamente 12 millones de gitanos que viven en Europa y que han existido desde hace por lo menos 1.000 años. Normalmente trabajan por cuenta propia, y se ganan la vida con la venta de bienes de consumo portátiles y el reciclaje de chatarra. Muchos reciben asistencia gubernamental, debido en parte a la discriminación laboral. A menudo son vistos por la población general como ladrones, vagos y borrachos, y están sujetos a prejuicios generalizados, discriminación y ostracismo.

Los problemas sociales dentro de la comunidad IT son serios, y la discriminación es común. La mortalidad infantil es alta, tres veces mayor que la tasa nacional; aproximadamente el diez por ciento de los niños mueren antes de cumplir dos años. La expectativa de vida es baja: para los hombres, es alrededor de 15 años menos que la de la población general. Se estima que la tasa de suicidios es seis veces la tasa nacional. Aunque muchos IT viven en viviendas sociales, al menos temporalmente, la infravivienda con falta de saneamiento es una característica de la vida nómada. La falta de vivienda también se agrava por la negación de los propietarios a alquilar a los IT, al igual que la de los agentes inmobiliarios para venderles viviendas, y de compañías de seguros para asegurarlos. Hay una alta tasa de analfabetismo entre los IT, y aproximadamente solo el 15 por ciento de los niños pasan a la enseñanza secundaria. Los IT son a menudo relegados a la educación segregada, aunque una sentencia de 2010 del Tribunal de la Igualdad de Irlanda abrió el camino para que los niños IT tengan un mayor acceso a la educación general.

Gran parte de la discriminación contra los IT es indirecta, tales como las disposiciones que prohíben las caravanas, excepto para las personas “indígenas”. Existe el acceso a la justicia, pero muchos IT no pueden pagar el costo del litigio (y algunos abogados son reacios a llevar sus casos). La asistencia jurídica gratuita está disponible para algunas cosas, pero no puede cubrir áreas de especial interés para los IT, como el desalojo de tierras. Aunque Irlanda es parte en tratados internacionales de derechos humanos y cuenta con leyes contra la discriminación, la situación oficial de los IT como un simple grupo de “social” y no como un grupo étnico, impide la protección; asimismo, esto fue señalado como un motivo de preocupación por la Tercera Comisión de la Asamblea General de la ONU.

4 Moderador: Steven Cooper, Ahlstrom Wright Oliver & Cooper, Sherwood Park, Alberta, Canadá. Oradores: Susan Fay, Irish Traveller Movement, Dublín, Irlanda; David Joyce, The Law Library, Dublín, Irlanda; Victor Rodriguez-Rescia, experto y consultor internacional en materia de derechos humanos, San José, Costa Rica; Garth Wallbridge, Yellowknife, Northwest Territories, Canadá. Elaborado por John Claydon.

5 Cifras hasta abril de 2011, compilado y presentado por la Oficina Central de Estadísticas: véase ‘Profile 7 Religion, Ethnicity and Irish Travellers – Ethnic and Cultural Background in Ireland’, Resultados del censo de 2011, (Government of Ireland 2012) disponible en www.cso.ie/en/media/csoie/census/documents/census2011profile7/Profile,7,Education,Ethnicity,and_Irish,Traveller,Commentary.pdf.

La CFG no solo ha tenido un impacto negativo sobre las ocupaciones tradicionales de los IT, debido a los niveles generales de gasto más bajos, sino que también ha estimulado la reducción de la protección jurídica y los programas sociales a su disposición. El acceso a la justicia se ha erosionado aún más por los recortes de ayuda legal. Los programas especiales diseñados para aliviar los problemas de alojamiento y educación de los IT han sido significativamente socavados por importantes recortes presupuestarios. En tiempos de crisis económica, los grupos marginados pueden ser vistos como chivos expiatorios y potencialmente sometidos a la violencia colectiva, como se refleja en los recientes ataques a las comunidades nómadas de Francia.

El *Irish Traveller Movement* es una red de organizaciones dedicadas a garantizar los derechos humanos de los IT y mejorar su condición económica. Su Centro Jurídico, que consta de un abogado y un par de pasantes, realiza litigio estratégico en nombre de los IT, lo que representa, por lo general, alrededor de diez casos al año. Recientemente ha ganado dos casos que impugnan la planificación y la regulación de la vivienda social por ser indirectamente discriminatorias y lleva un caso de discriminación educativa ante el Tribunal Supremo. El Irish Traveller Movement también ha participado activamente en el intento de conseguir más abogados para ayudar a los IT.

Estudio de caso: la Tlicho Investment Corporation

La Nación Tlicho es una población indígena de unas 4.000 personas en los Territorios del Noroeste de Canadá. En 2003, firmó el acuerdo "*Tlicho Land Claims and Self-Government Agreement*" con los gobiernos de Canadá y de los Territorios del Noroeste. Este acuerdo, que entró en vigencia en 2005, estableció un gobierno Tlicho y otorgó al pueblo Tlicho la titularidad de 39.000 kilómetros cuadrados de tierra, incluidos derechos de subsuperficie, al igual que una participación en las regalías del desarrollo de esas tierras.

La *Tlicho Investment Corporation* es propiedad de la Nación Tlicho y opera una serie de negocios y empresas conjuntas con otros grupos y empresas. Con la ayuda de la apertura de tres minas de diamantes en tierras, Tlicho que generó importantes empleos para los miembros de la Nación, la Corporación brinda servicios de apoyo en una variedad de sectores, incluido el transporte, la construcción, los servicios de alimentación y la administración de propiedades. Estas empresas han mejorado la vida de todos los miembros de la Nación mediante el apoyo a la formación y la educación, la asistencia de salud, un centro para la tercera edad y otros programas sociales, al igual que fomentó un sentido de orgullo en este grupo que está cada vez más integrado. Aunque todavía existen problemas de abuso de drogas y alcohol, este ejemplo demuestra el valor de las asociaciones empresariales en un contexto donde los recursos naturales comercializables pueden financiar la actividad empresarial.

Estudio de caso: el desarrollo conjunto de los recursos naturales en Colombia

Otro ejemplo de la interacción corporativa con un grupo minoritario en el sector de los recursos es una sociedad puesta recientemente en marcha en la región del Chocó, al noroeste de Colombia, que implica una compañía minera australiana. La población de esta región es principalmente de ascendencia africana, habiendo llegado originalmente en el comercio de esclavos del siglo XVI para trabajar en las minas de oro y en las plantaciones de azúcar y los ranchos ganaderos. Ha sido en general afectada por la pobreza, con una alta tasa de analfabetismo, mala nutrición y servicios de salud inferiores. No obstante, la región es rica en recursos naturales, en particular oro, plata, platino y cobre.

En 1991, el Gobierno de Colombia reconoció la propiedad colectiva de la población afrocolombiana de las tierras ancestrales, así como los derechos culturales similares a los de los pueblos indígenas. Se establecieron zonas mineras especiales en estas tierras en 2007, incluido el derecho a llevar a cabo actividades mineras. La población local posteriormente negoció un proyecto de explotación conjunta con una empresa internacional que contiene altos estándares laborales y ambientales, asegura la transferencia de tecnología y proporciona las personas con seguro de salud y seguridad social. El primero de su tipo en Colombia, este nuevo proyecto tiene el potencial de mejorar la condición económica de los habitantes locales, preservando el medio ambiente.

Más allá del punto de inflexión: ¿el ser humano estará poblando el mundo al punto de generar su propia extinción?

*Comité de Derecho Público*⁶

La mesa redonda abordó la superpoblación y su impacto en el mundo en desarrollo y en la disminución de los recursos. Las cuestiones de población no son un problema nuevo. Un punto de vista que se ofrecía en la mesa redonda afirmaba que el crecimiento poblacional y la preocupación por la población son temas antiguos. En Babilonia se decía: “El ruido de la humanidad es demasiado alto para mí/ Hacen tanto ruido que no puedo dormir/ Que caiga una peste sobre la humanidad” (Enlil, Tabla babilónica, 1600 a.C.).

No es que la gente en todo el mundo está teniendo más hijos, ya que en muchas partes del mundo las tasas de natalidad están disminuyendo. La preocupación es que las poblaciones pobres tienen más hijos y esto está poniendo muchas exigencias sobre los recursos, en particular en los Estados débiles o decayentes, donde el crecimiento de la población no se registra.

Sabemos que la mayoría de la población del mundo vive en la India y China, y que el mayor crecimiento de la población se está produciendo en estos dos países y en otras partes del mundo en desarrollo. Así que lo que tenemos son superpotencias, aunque cada una es un país en desarrollo, con fuertes gobiernos centralizados, a punto de estrellarse con sus modalidades para afrontar el rápido crecimiento de sus ciudadanos pobres y marginados. ¿Cómo pueden tratar estos Estados con la creciente demanda de servicios y recursos de la población (sobre todo entre los pobres) mientras tratan de sentarse en la mesa de las naciones del Primer Mundo?

El debate sobre el crecimiento de la población y el control está dominado por puntos de vista optimistas y pesimistas. Para el optimista, los problemas de población pasarán y pueden ser un problema de los sistemas de gobierno y de la formulación de políticas. Los pesimistas ven el crecimiento demográfico como algo catastrófico, ya que los recursos son cada vez más limitados y, a medida que se van agotando, el gobierno es incapaz de adaptarse a las condiciones críticas, o recurre a medidas draconianas para enfrentarlas.

La visión optimista con respecto a la sobrepoblación es que:

- el medio ambiente es adaptable y resistente;
- el progreso tecnológico permite aumentar la producción agrícola y la aplicación eficaz de las medidas favorables al medio ambiente;
- los precios de la energía, los recursos y los alimentos están en niveles históricamente bajos;
- los mercados se “autorregulan”, y siempre lo hacen, adaptando los precios en caso de escasez;
- el bienestar económico y material de la población mundial ha alcanzado niveles sin precedentes y todos los temores de que esto podría cambiar carecen de fundamento o, como mucho, son exagerados;
- la internalización de los costes de la contaminación es una solución a un deterioro a gran escala del medio ambiente: “el que contamina paga”.

Los optimistas creen que la reversión del crecimiento de la población debe alcanzarse mediante el decrecimiento y una reducción voluntaria de nuestros estándares de vida para lograr la “sostenibilidad en un mundo cambiante”.

La visión pesimista ve el surgimiento de una omnipresencia orwelliana que toma medidas drásticas para controlar el crecimiento demográfico. La eugenesia y la esterilización forzada vienen a la mente, así como la renuncia a los tratados y acuerdos internacionales que proveen protección de los derechos y los recursos individuales. No poder hacer frente al crecimiento de la población ahora, antes de que esté completamente fuera de control, podría llevar a la aparición de un Estado policial, en el que el gobierno tiene el control absoluto del destino humano, la reproducción humana y todos los derechos humanos.

La CFG afecta a las crecientes poblaciones vulnerables; hay más desventajas que ventajas en el crecimiento de la población. Entre las desventajas se encuentran: el calentamiento global; la falta de

6 Presidente: Bernard Bekink, University of Pretoria, Pretoria, Sudáfrica. Oradores: Christo Botha, University of Pretoria, Pretoria, Sudáfrica; Hachem El Husseini, Abou Jaoude & Associates, Beirut, Líbano; y Tatiana Falcão, IBFD, Rio de Janeiro, Brasil. Elaborado por Luz Nagle.

alimentos; la falta de puestos de trabajo; la falta de normas mínimas de vida; aumento de la inestabilidad política; y el crimen. Cuanto más crecen las cifras poblacionales, más se exige del ecosistema para sostener ese crecimiento.

La visión pesimista afirma que: los actuales patrones de producción y consumo no son sostenibles; la extinción está ahora en la agenda de mañana; la indiferencia de la mayoría de los gobiernos del G-20, las multinacionales y las grandes empresas es particularmente alarmante; y los escenarios apocalípticos serán como los ataques bárbaros.

¿Cómo afronta el Estado la sobrepoblación y el exceso de crecimiento de población? La población se puede controlar, en gran medida, mediante la legislación y la aplicación del derecho público. Una de las preguntas formuladas en el contexto del crecimiento de la población es: “¿Qué pasaría si el derecho público implementara las políticas públicas (sobre la base de una opinión pública fundada en los miedos primigenios, el racismo, la xenofobia y las interpretaciones desesperadas de interés propio)?”.

El derecho público es la rama del derecho que pone a las políticas del gobierno en su lugar y controla el poder del gobierno. Este aspecto bueno del derecho público se ocupa de cuestiones socio-económicas, de la salud, el bienestar público y la sociología, entre otros. Cuando el crecimiento de la población no puede ser detenido se aplicarán las leyes que regulan la estructura y la administración del gobierno, la conducta del gobierno en sus relaciones con los ciudadanos, las responsabilidades de los empleados del gobierno y las relaciones con gobiernos extranjeros. El derecho público también se ocupa de la protección de los derechos humanos, las libertades civiles, los débiles y los desposeídos y oprimidos.

El derecho público se utiliza para controlar ciertas crisis y muchas veces sus regulaciones tienen el mayor impacto sobre los pobres y descontentos. El derecho público aborda temas actuales como el calentamiento global (cambios en los patrones climáticos, inundaciones masivas, sequías prolongadas), la inestabilidad económica severa, la desaparición del estado benefactor, el desempleo masivo, el hambre, la falta de seguridad alimentaria, la lucha por los escasos recursos, escasez de agua y desplazamientos masivos, y los asuntos de inmigración.

El aspecto malo de la formulación de normas públicas con respecto a la sobrepoblación plantea cuestiones incómodas e impopulares que los foros mundiales de gobierno prefieren no abordar, como el control obligatorio de natalidad, las políticas de un solo hijo, los bordillos de inmigración y los desplazamientos de población, incluso forzados, y el reasentamiento. Estos temas sacan a la luz los temores, especialmente entre los más vulnerables (los pobres y políticamente poco representados) que pueden llevar a actitudes de ultranacionalismo y neo-fascismo (por ejemplo, Europa del Este), racismo y xenofobia –seguido de la violencia y el caos.

Hubo una pregunta planteada al panel de si deberíamos estar mirando lo que está en el interés de un país, o deberíamos estar mirando lo que está en el interés de la humanidad.

Algunos sugieren que, como sociedad, no hemos prestado atención a lo que ha ocurrido en relación con el crecimiento de la población y ahora tenemos un problema global en nuestras manos. Por ejemplo, si los mercados no tienen en cuenta las desigualdades estructurales porque los inversores están preocupados por las ganancias y el *profittaking* a corto plazo, tales como saber que la deforestación conduce a la desregulación climática, pero no hacer nada al respecto. La inestabilidad y los conflictos que surgen debido a la falta de atención que se le ha prestado a las consecuencias de la devastación natural irreflexiva pueden conducir a problemas que pueden culminar en guerras.

Algunas naciones en desarrollo abordan la noción de fatiga demográfica –la incapacidad de hacer frente a problemas como la pobreza, el suministro de alimentos, el acceso a los recursos básicos, el acceso limitado a la educación, el empleo y la vivienda.

El tercer orador asumió una postura interesante basada en políticas fiscales para abordar el crecimiento de la población, ofreciendo un plan de incentivos y desincentivos para regularla. Usando propuestas fiscales para disuadir el crecimiento de la población es posible; por ejemplo, un gobierno podría introducir un impuesto a la familia. ¿Cuánto debería pagar ese estado por la planificación familiar y los controles de población? ¿Quién debe pagar, por qué, y cuánto debe ser gastado en asistencia médica para cubrir abortos, mecanismos de control de la natalidad y vasectomías?

La visión a largo plazo es que necesitamos instrumentos de derecho internacional (tratados)

para revertir la fuerte pendiente de la degradación del planeta (como las emisiones de carbono y la contaminación).

Saqueo: ¿el crimen de guerra de las empresas?

*Comité de Crímenes de Guerra*⁷

Una gran parte de este resumen se basa en la presentación de la Profesora Linda Malone, junto con las opiniones del reportero y su conocimiento del tema.

El saqueo se remonta siglos atrás, pero ¿cómo afecta a la pobreza? El saqueo agota los recursos del estado con el fin de obtener los tesoros y recursos que podrían ser utilizados para el beneficio de los pobres. Sin embargo, el saqueo todavía tiene que ser considerado una infracción grave de conducta, en particular durante los conflictos.

Cuando los países ocupan otros países, las empresas pueden participar en el saqueo de esos estados. Además, cuando los gobiernos son débiles o susceptibles a la corrupción, las empresas se aprovechan y, con el pretexto del desarrollo, saquean *de facto* los recursos naturales. El caso traído para la discusión por parte de uno de los panelistas fue el de *Kiobel* en Nigeria. Los actores demandaron a Dutch Shell y una empresa británica por presunta complicidad con el Gobierno de Nigeria en el asesinato y la tortura de los manifestantes contra la exploración de petróleo entre 1992 y 1995. El caso fue llevado ante los tribunales de Estados Unidos bajo el *Alien Tort Claims Act* [Ley de Reclamos por Daños en Países Extranjeros]. La Corte Suprema de EE.UU. se pronunció sobre el caso *Kiobel* en 2013 y según la Profesora Malone: “Se augura la posibilidad de un mecanismo de aplicación interno muy importante para las demandas civiles en contra de individuos y corporaciones que se dedican a los abusos graves contra los derechos humanos”. Asimismo, según la Profesora: “La importancia de este caso no puede ser sobrestimada a nivel mundial. No es solo un caso de litigio estadounidense”. Los precedentes indican claramente que el *Alien Tort Claims Act* se aplica a los abusos que se producen fuera de EE.UU., y Malone sostuvo que sería “trágico, históricamente incorrecto y jurídicamente malo” que la Corte estipulara que esta ley no se aplica extraterritorialmente.

Hay otros acontecimientos que inciden sobre si la reparación por los saqueos se puede utilizar para ayudar a las poblaciones pobres o indígenas. Recientemente, después de una larga negociación legal, la Universidad de Yale comenzó a devolver a Perú artefactos que habían sido tomados de Machu Picchu por el explorador Hiram Bingham hace un siglo. La repatriación de los tesoros culturales aporta valor real a las naciones saqueadas, aunque le corresponde al gobierno determinar cómo se deben utilizar las antigüedades valiosas para ayudar a apoyar a las comunidades empobrecidas y las comunidades indígenas. En China, las autoridades están tratando de acabar con la destrucción agresiva y organizada de los sitios arqueológicos tratando de preservar aproximadamente el cinco por ciento de todos los sitios arqueológicos en el continente que aún no han sido saqueados. Al preservar los sitios y traer objetos saqueados de nuevo a su lugar de origen, se puede desarrollar el turismo para llevar a la gente a los sitios arqueológicos, y esto a su vez ayuda a las comunidades locales.

El rol del derecho para combatir la corrupción y el lavado de dinero y para aumentar la responsabilidad social empresarial efectiva: lecciones para mejorar la situación de los pobres

Las Sesiones de prioridad presidenciales incluyeron discusiones de diversos regímenes que se han desarrollado para garantizar que las empresas que participan en operaciones nacionales y transnacionales observen tanto el *hard law* como el *soft law*, que a menudo tienen un efecto indirecto de protección del interés público, incluida la protección económica y el respeto de los derechos humanos. Si bien estas normas no se han introducido específicamente para tratar el efecto de la CFG sobre los pobres, sí ofrecen ejemplos de regímenes que han tenido cierto éxito en su protección de diversos tipos de explotación.

7 Presidente: Stuart Alford, Chambers of Francis Oldham QC, Londres, Inglaterra. Oradores: Linda Malone, William & Mary Law School, Williamsburg, Virginia, US; Rupert Skilbeck, Open Society Justice Initiative, Nueva York, EE.UU.; y Jamie Williamson, International Committee of the Red Cross, Ginebra, Suiza. Elaborado por Luz Nagle.

Iniciativas contra la corrupción⁸

La corrupción, en forma de soborno y fraude, tiene un impacto desproporcionado sobre los pobres. Mediante la adición de un mínimo estimado de diez por ciento sobre el costo de hacer negocios en muchas partes del mundo, y tanto como el 25 por ciento del costo de la contratación pública, aumenta el precio y disminuye la calidad de los bienes y servicios a los que menos pueden permitírselo, ya que las empresas tratan de recuperar el dinero pagado para fines ilegales. Como resultado, se distorsiona la competencia y se crean ineficiencias económicas. A menudo, la asignación de recursos financieros por parte de los gobiernos para los proyectos públicos depende más de las posibilidades de ganancias ilegales por los gobernantes sin escrúpulos, burócratas y facilitadores de negocios que en consideraciones de interés público. Especialmente en el caso de los países en desarrollo, esos recursos pueden ser desviados a las cuentas bancarias extranjeras de los infractores en lugar de ser utilizados para desarrollar las economías locales. Esta situación se complica inevitablemente durante los períodos de recesión económica, cuando la inversión se reduce y los proyectos públicos y programas de lucha contra la pobreza sufren de recortes presupuestarios.

Recientemente ha habido un progreso significativo en la formulación, el fortalecimiento y la aplicación de una amplia gama de normas contra la corrupción adoptadas en los planos mundial, regional y nacional. Si bien muchos países han introducido legislación contra la corrupción, de particular importancia son a nivel nacional la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA, por sus siglas en inglés) [Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero] de EE.UU. y la *Bribery Act* [Ley de Sobornos] del Reino Unido (UK Act), las cuales tienen una amplia aplicación extraterritorial que abarca a las principales empresas extranjeras dentro de su ámbito. La FCPA prohíbe a las empresas e individuos sobornar a funcionarios extranjeros, mientras que la UK Act prohíbe el soborno comercial, y responsabiliza estrictamente a las empresas por no prevenir los sobornos por parte de sus “personas asociadas”, sujeto a una defensa de diligencia debida. El único tratado verdaderamente global para la lucha contra la corrupción es la Convención de la ONU Contra la Corrupción, que entró en vigor en 2005 y ahora cuenta con más de 150 Estados Partes; cubre el lavado de dinero, así como la corrupción y el tráfico ilícito. La Convención de la OCDE contra el Soborno Transnacional, en vigor desde 1999, exige a los Estados prohibir el soborno de un funcionario extranjero a nivel penal. La Organización de los Estados Americanos, la Unión Africana y el Consejo de Europa han adoptado convenciones regionales, y la UE tiene instrumentos de lucha contra la corrupción vigentes.

Una serie de normas no vinculantes también ha proporcionado estímulos adicionales para la campaña global para derrotar a la corrupción. En 2004, un décimo principio, que establece que “las empresas deben trabajar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno”, fue agregado al Pacto Mundial de la ONU. Lanzado en 2000, el Pacto es una asociación estratégica entre la ONU y 8.700 empresas para promover los derechos humanos, laborales y ambientales. Más recientemente, los Principios Rectores de Ruggie sobre Empresas y Derechos Humanos (“Ruggie”), que fueron aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, dilucidan la responsabilidad de las empresas de proteger los derechos humanos, que se deriva de los dos primeros principios del Pacto. De particular importancia para la lucha contra la corrupción es el requisito de Ruggie de que las empresas actúen con debida diligencia para prevenir o mitigar los impactos negativos sobre los derechos humanos vinculados con los socios comerciales y la cadena de suministro. Ruggie también establece los componentes de la diligencia esperada. Ruggie tiene un potencial significativo a la luz de los acontecimientos europeos: la UE ha aceptado los Principios y pidió a los Estados Miembros que presenten, antes de finales de 2012, planes nacionales para su implementación.

Actualización global de la legislación contra la corrupción y su implementación de 2012

Comité anticorrupción⁹

En una de las tres sesiones de la Conferencia de Dublín que se ocuparon de la corrupción, se analizó la aplicación de las leyes y los tratados contra la corrupción. En los últimos años este tema ha alcanzado relevancia debido en gran parte a la aplicación agresiva de la FCPA por las autoridades estadounidenses. En una serie de casos de alto perfil que involucran grandes corporaciones mundiales (como Halliburton, Daimler, Baker Hughes y Monsanto), el Departamento de Justicia de EE.UU. y la Comisión de Valores han evaluado multas y otras sanciones financieras cada vez más pesadas. La más alta fue la del caso Siemens en 2008, donde Siemens pagó un total de US\$800 millones, así como una cantidad similar para resolver los cargos alemanes conexos. En 2010, el total de la evaluación general fue de US\$1,8 mil millones en 74 sanciones, más del doble del total del año anterior, pero el número de multas disminuyó posteriormente. Solo ha habido un juicio bajo el *Bribery Act* del Reino Unido, pero esto no es sorprendente dado que esta ley entró en vigencia en julio de 2011 y no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, sí han habido procesos judiciales en virtud de la legislación predecesora.

Un panel de expertos discutió la aplicación mundial de las leyes contra la corrupción, en referencia a una serie de casos actuales o recientes, incluido *Walmart* (México), *BAE* (Tanzanía) y *Safran* (Nigeria). El panel también consideró las posibles modificaciones de los instrumentos existentes, encuestó a los sectores de la industria en la que la corrupción es más o menos frecuente, y se refirió a nuevas iniciativas legislativas (por ejemplo, en Brasil). El consenso general fue que la corrupción sigue siendo un problema grave, pero ahora genera mayor preocupación, particularmente en lo que respecta a un mayor cumplimiento por parte de las empresas y sobre todo un aumento de los esfuerzos nacionales de aplicación. Por ejemplo, en 2011, en la primera acción importante bajo la *Corruption of Foreign Public Officials Act* [Ley de Corrupción de Funcionarios Públicos en el Extranjero] de Canadá de 1999, una empresa de recursos admitió ante el tribunal que había sobornado a un funcionario del gobierno de Bangladesh para reducir los pagos de compensación derivados de una explosión de gas natural. La compañía acordó pagar una multa de CAN\$9,5 millones.

Las presentaciones y preguntas abordaron tres temas específicamente relacionados con el impacto de la corrupción (y las iniciativas contra la corrupción) sobre la pobreza.

En primer lugar, un participante del público dijo que era importante examinar los factores sistémicos que fomentan la pobreza, ya que en los países pobres, los sobornos proporcionan apoyo financiero a familias enteras. Si se elimina el soborno, no se reemplazará este apoyo financiero. El soborno seguirá siendo un incentivo abrumador hasta que las causas subyacentes de la pobreza sean tratadas. En segundo lugar, se discutió el tema de la recuperación de activos afectados por el fraude, la corrupción y otras formas de ilegalidad, como se refleja tanto en el caso estereotipado de un dictador que malversó grandes sumas de dinero y las transfirió al extranjero (“cleptocracia”) como en los ejemplos de enormes costos excesivos en un proyecto de construcción. Las ganancias de este tipo tienden a exacerbar la pobreza mediante la desviación de fondos de iniciativas que podrían reducir la pobreza, y tienen un impacto devastador en tiempos de recesión, cuando los fondos son mucho más limitados. Aunque algunos países cuentan con regímenes para rastrear y recuperar estas ganancias, todavía queda mucho por hacer. En tercer lugar, se sugirió que cuando se produce una recuperación de cualquiera de estas ganancias, junto con las provenientes de grandes multas y sanciones impuestas en los procedimientos de lucha contra la corrupción, el dinero debe ser devuelto a los países “víctima” para financiar proyectos de desarrollo público.

Se hizo referencia en esta sesión a la importancia de la lucha contra la corrupción emprendida por la IBA para sensibilizar a los abogados sobre las normas contra la corrupción y los roles que los abogados desempeñan en la lucha contra la corrupción internacional. Este trabajo incluye la

⁹ Copresidentes: Nicola Bonucci, OCDE, París, Francia; Tim Dickson, Paul Hastings Janofsky y Walker, Washington, DC, EE.UU. Oradores: Leah Ambler, OECD, París, Francia; Nick Benwell, Simmons & Simmons, Londres, Inglaterra; Edward H. Davis, Jr, Astigarraga Davis, Miami, Florida, EE.UU.; Hamidul Haq, Rajah & Tann, Singapur; Roberto Hernández, COMAD, Ciudad de México, México; Marianne Klausberger, Ethical Risk Appetite, Darmstadt, Alemania; Babajide Ogunipe, Sofunde Osakwe Ogunipe & Belgore, Lagos, Nigeria; Leopoldo Pagotto, Zingales & Pagotto Advogados, São Paulo, Brasil; James Tillen, Miller & Chevalier Chartered, Washington, DC, EE.UU. Elaborado por John Clayton.

Estrategia Anti-corrupción para el Ejercicio de la Abogacía (en colaboración con la ONU y la OCDE), la encuesta de 2010 sobre “Riesgos y Amenazas de la Corrupción y la Profesión Legal”, los programas de capacitación que se han iniciado y la labor en curso de la Comisión de Asuntos Colegiales de la IBA para elaborar directrices para las sociedades de derecho y colegios de abogados que se ocupan de las medidas anticorrupción para la profesión legal.

Los abogados de todo el mundo están colaborando cada vez más con clientes corporativos para llevar a cabo evaluaciones de riesgos y desarrollar sistemas eficaces de cumplimiento contra la corrupción a fin de proteger la reputación del negocio de sus clientes. La tarea del abogado de inculcar un nivel de confianza en el cliente que lo induce a aceptar procedimientos costosos y no deseados se facilita en cierta medida por los riesgos de reputación inherentes a la ejecución agresiva. Pero asegurar que los clientes se abstengan de realizar conductas ilegales es, para el abogado, más que simplemente una cuestión de protección de los clientes: también es un requisito de un componente de la responsabilidad compartida de los abogados de todo el mundo para promover el respeto por el estado de derecho.

Trato justo y equitativo: el tema de la corrupción en los arbitrajes internacionales de inversión

Comité anticorrupción¹⁰

Un segundo panel de Dublín trató la lucha contra la corrupción y se centró en el tema relativamente estrecho de lo que los árbitros, inversores y Estados deben hacer cuando se enfrentan a la corrupción en los arbitrajes internacionales de inversión. La evidencia podría estar relacionada con la adjudicación de un contrato o con la realización de los procedimientos de arbitraje. Una de las dificultades es que la corrupción es raramente admitida y es difícil de probar. Dado que los árbitros no tienen poder de citación, pueden tener que recurrir a los tribunales nacionales para obtener pruebas concluyentes. Puede haber, sin embargo, “indicadores” de corrupción, como pagos cuestionables y condenas previas. ¿Un árbitro que tiene fuertes sospechas de corrupción debe negar su jurisdicción y luego informar sus sospechas a las autoridades nacionales? ¿O debe el árbitro asumir la jurisdicción, investigar el asunto (mediante prueba circunstancial e inferencias si es necesario) y negar los beneficios de la corrupción a cualquier parte implicada en ella? Si es así, ¿qué nivel de prueba es necesario, y debe invertirse la carga de la prueba?

La decisión arbitral de 2006 en el caso *World Duty Free* determinó que la corrupción es ilegal porque es contraria a la “política pública transnacional”. A la vista de una gran cantidad de leyes nacionales que estipulan que la corrupción es ilegal, hay un fuerte argumento a favor de que, al margen de las convenciones, declaraciones y directrices internacionales, la corrupción también es ilegal según el derecho internacional porque su prohibición constituye uno de los “principios generales del derecho” en virtud del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aunque algunos árbitros disienten, el consenso general entre los panelistas fue que el estado actual del derecho internacional exige a los árbitros investigar en la medida de lo posible los reclamos por corrupción por un Estado o empresa y de negar los frutos de la corrupción a las partes cómplices. Se sugirió que la IBA podría ayudar a los árbitros mediante el desarrollo de directrices para la adjudicación de contratos del Estado y de las inferencias probatorias que pueden extraerse del proceso (por ejemplo, en relación con la licitación y el uso de intermediarios).

10 Presidente: Nicola Bonucci, OCDE, París, Francia; Louis Christophe Delanoy, Bredin Pratt, París, Francia; James Crawford, University of Cambridge, Cambridge, Inglaterra; Vladimir Khvalei, Baker & McKenzie, Moscú, Federación de Rusia; Khawar Qureshi QC, Serle Court, 6 New Square, Londres, Inglaterra; Brigitte Stern, Universidad de París, París, Francia. Elaborado por John Claydon.

El papel de las instituciones financieras en la lucha contra la corrupción: ¿podemos apostar por ellos?

Comité anticorrupción¹¹

La tercera sesión sobre el tema de la corrupción se refirió al papel del Banco Mundial, los bancos regionales de desarrollo y los bancos del sector privado en la reducción de la corrupción.

El Banco Mundial se ha concentrado fuertemente en la eliminación de la corrupción para aliviar la pobreza en las secuelas del discurso sobre el “cáncer de la corrupción” del presidente James Wolfensohn en 1996. Desde 1999, el Banco ha impuesto sanciones y procesamientos en cientos de casos relacionados con su financiación. Tiene a su disposición una serie de opciones de implementación, incluida la divulgación voluntaria anticipada, suspensión y controles de cumplimiento antes de que una empresa suspendida sea elegible para recibir contratos adicionales. Un ejemplo de sanción fue la “inhabilitación” por tres años de una empresa tras ser declarada culpable de soborno por parte de los tribunales de Lesoto. Un panelista insistió en que la sanción de inhabilitación debe utilizarse con moderación y solo en los casos más extremos, ya que podría agravar la pobreza, eliminando puestos de trabajo directos y colaterales.

Los bancos de desarrollo regionales, como el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (EBRD, por sus siglas en inglés), el African Development Bank, el grupo IDB y el Asian Development Bank, también existen para combatir la pobreza y operar los regímenes de sanciones de corrupción. En 2010, los bancos multilaterales de desarrollo acordaron aplicar de forma automática y recíproca sanciones por fraude y corrupción. Este acuerdo de inhabilitación conjunta se aplica a las sanciones por más de un año y no cubre las acciones de los funcionarios del gobierno. Al igual que con el Banco Mundial (quien es parte en este acuerdo), las suspensiones son normalmente de tres años, y la reincorporación depende de la demostración de la mejora en gobernanza corporativa y cumplimiento. El EBRD ha encontrado que la divulgación voluntaria y los asentamientos han aumentado desde la conclusión de este acuerdo, porque las empresas están preocupadas por las consecuencias de amplio alcance que resultan de una única suspensión.

Muchos bancos del sector privado (actualmente 75), además de estar sujetos a las normas generales contra la corrupción, también han adoptado los Principios de Ecuador (2006), un conjunto de normas voluntarias para la gestión del riesgo en la financiación de proyectos que superan los US\$10 millones. Sobre la base de las normas ambientales del Banco Mundial y las políticas sociales de la *International Finance Corporation*, los Principios requieren que los bancos participantes accedan a conceder préstamos solo a los prestatarios que puedan y quieran cumplir con ellos. Se identifican riesgos y acuerdos para gestionarlos. Hay una revisión independiente de los planes de evaluación y una obligación de supervisión. Los prestamistas deben informar anualmente sobre la implementación de los Principios, que abarcan cuestiones como la protección de los derechos humanos, la salud, los bienes culturales, el uso de la tierra, los pueblos indígenas, el medio ambiente, las normas laborales y los “grupos desfavorecidos o vulnerables”. Mientras que los bancos cuentan con una estructura de gobierno razonable para hacer frente al lavado de dinero, su historial en materia de corrupción es mixto, pero ahora se está prestando más atención al problema. Estos principios ofrecen a los bancos la oportunidad de intensificar la colaboración en este ámbito.

La IBA, mediante el Instituto para los Derechos Humanos (IBAHRI, por sus siglas en inglés), ha convocado recientemente un grupo de trabajo sobre los flujos financieros ilícitos, pobreza y derechos humanos para explorar cómo los flujos financieros ilícitos afectan a la pobreza y al disfrute de los derechos económicos y sociales. Además de incluir si la pobreza es una violación de la ley internacional de derechos humanos, así como el impacto de la evasión de impuestos sobre la pobreza, el ambicioso mandato del grupo de trabajo abarca la corrupción y la malversación de fondos públicos, la recuperación de activos y el papel de los abogados en la lucha contra la pobreza. El estudio será publicado en forma de libro, e incluye recomendaciones para los Estados, las empresas y los abogados.

11 Presidente: Tim Dickson, Paul Hastings Janofsky & Walker, Washington, DC, EE.UU. Oradores: Raja Chatterjee, Morgan Stanley, Nueva York, EE.UU.; Pascale Dubois, Banco Mundial, Washington, DC, EE.UU.; Eneyr Quinones, Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Londres, Inglaterra; Frederic Raffray, Law Offices of the Crown, St Peter Port, Guernsey. Elaborado por John Claydon.

El IBAHRI ha hecho hincapié en la importancia de realizar el estudio en este momento debido a la crisis económica que el sistema financiero mundial está experimentando.

¿Debería la ética profesional regular el lavado de dinero por parte de los abogados?

*Reunión del Grupo de Implementación de Normas Anti-Lavado de Dinero y el Comité de Ética Profesional*¹²

Efectos sociales adversos del lavado de dinero

En su exposición de enero de 2011 frente a la secretaría del Grupo de Acción Financiera (GAFI), el Grupo de Implementación de Normas Anti-Lavado de Dinero de la IBA destacó el informe del Banco Mundial en el que se sostiene que: “los líderes corruptos de los países en desarrollo extraen entre US\$20 mil millones y US\$40 mil millones de sus países para su propio uso personal”. Además, en 2006, en base a estadísticas de 1996, el FMI calculó que: “se han lavado entre aproximadamente US\$590 mil millones y US\$1,5 billones”. Esta cifra bien podría representar “entre dos y cinco por ciento del producto bruto interno del mundo”.¹³ Teniendo en cuenta estas estadísticas, el lavado de dinero exacerba la existencia de la pobreza y, además, pone en peligro la vida ya precaria de los pobres.

El GAFI define el término “lavado de dinero” como “el procesamiento del... producto de actividades delictivas para esconder su origen delictivo” a fin de “«legitimizar» las ganancias ilícitas de la delincuencia”.¹⁴

Objeto y ámbito de aplicación de las Recomendaciones del GAFI

La sesión de la IBA denominada “¿Debería la ética profesional regular el lavado de dinero por parte de los abogados?” abordó el alcance de las obligaciones éticas y legales de los abogados de informar sobre las actividades sospechosas de lavado de dinero de un cliente. Central a la discusión fueron las Recomendaciones del GAFI revisadas en 2012 que buscaban establecer una norma internacional, “un marco global y coherente de las medidas”, que los países deben poner en práctica para combatir el lavado de dinero. Las recomendaciones revisadas tienen el propósito de “hacer frente a las amenazas nuevas y emergentes” del lavado de dinero y “aclarar y fortalecer” las obligaciones señaladas en las recomendaciones del GAFI anteriores. Siguen basándose en una “modalidad basada en riesgos” que les permite a los países “adoptar un conjunto más flexible de medidas [preventivas de ALD]”, para que puedan concentrarse en las áreas de mayor riesgo de lavado de dinero (Recomendación del GAFI, 8). Esas áreas de mayor riesgo estarían “sujetas a procedimientos mejorados como la debida diligencia del cliente y mayor monitoreo de transacciones”.¹⁵ Por lo tanto, en materia de monitoreo y prevención de actividades de lavado de dinero, los abogados son vistos como los guardianes del sistema financiero internacional. La mayoría no son conscientes de que se espera que cumplan este papel.

Preservar la confidencialidad de los clientes frente a ser un guardián del GAFI

La interacción de estas Recomendaciones con las disposiciones de confidencialidad a las que los abogados están obligados en virtud de su código de conducta profesional, así como otras obligaciones impuestas por la ley, colocan a los miembros de la profesión jurídica en una situación precaria. Las Recomendaciones identifican a los abogados como miembros de “las actividades y profesiones

12 Copresidentes: Nicole Bigby, Berwin Leighton Paisner, Londres, Inglaterra; Stephen Revell, Freshfields Bruckhaus Deringer, Singapur. Oradores: Anne Birgitte Gammeljord, Council of Bars and Law Societies of Europe, Bruselas, Bélgica; Adrian Evans, Monash University, Melbourne, Australia; Eva Massa, Law Society of Ireland, Dublín, Irlanda; Kevin Shepherd, Venable, Baltimore, EE.UU.; Valentina Zoghbi, SJ Berwin, Londres, Inglaterra. Elaborada por Mary Gold.

13 Paul Allan Schott, *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Second Edition and Supplement on Special Recommendation IX*, (Washington, DC, El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial/El FMI 2006) 6.

14 GAFI, ‘What is money laundering?’ www.fatf-gafi.org/pages/faq/moneylaundering consultado el 27 de marzo de 2013 citado en Schott (véase *supra* nota 12) 3.

15 Kevin L. Shepherd, ‘The Gatekeeper Initiative and The Risk-Based Approach to Client Due Diligence’ (abril de 2012) *The Review of Banking and Financial Services*, 33.

designadas no financieras”, y colocan obligaciones específicas sobre ellos. Cuando se “preparan o llevan a cabo” cierto tipo de transacciones financieras para sus clientes, por ejemplo, transacciones de bienes raíces (Recomendación 22), están sujetas a los mismos requisitos de registro y denuncia que las instituciones financieras. Algunos de estos requisitos de denuncia pueden entrar en conflicto con el principio de la confidencialidad del cliente. Aunque las Recomendaciones revisadas reconocen la importancia del secreto profesional, en determinadas circunstancias, los abogados no podrán recurrir al secreto profesional con respecto a las actividades sospechosas de lavado de dinero del cliente.

Modalidad basada en el riesgo del GAFI

Las normas revisadas del GAFI resultan en una mayor regulación. La exigencia de una mayor claridad en la modalidad basada en el riesgo ha llevado a requisitos de denuncia y monitoreo específicos, tanto para las jurisdicciones como para las entidades reguladas. Se necesita más orientación sobre los tipos de clientes, los países y las operaciones que pueden ser calificadas como de mayor o menor riesgo. Se debe identificar una serie de medidas que se pueden aplicar a cualquier tipo de riesgo. Para promover este fin, en junio de 2012, el GAFI inició un proyecto de investigación tipológico para compilar datos sobre diversos temas, tales como: los tipos de operaciones en las que los abogados pueden facilitar involuntariamente el lavado de dinero; ejemplos de actividades de lavado de dinero en las que los abogados han sido cómplices; y los tipos de transacciones sospechosas de lavado de dinero comunicados por los abogados. La esperanza es que se pueda establecer una “señal de alerta”. Además, se recopilará información que puede, en última instancia, ofrecer directrices de buenas prácticas a los abogados sobre la forma de controlar y denunciar transacciones sospechosas.

Las normas del GAFI también requieren que los abogados participen de la debida diligencia del cliente a fin de conocer tanto al cliente corporativo como al beneficiario efectivo de los clientes corporativos, es decir, saber quién está controlando la propiedad corporativa. Las autoridades pueden querer ver el expediente de la investigación de debida diligencia de los clientes y hacer una determinación sobre la idoneidad de los controles de antecedentes.

En circunstancias en las que los abogados tienen personas nacionales o extranjeras expuestas políticamente (PEP, por sus siglas en inglés) como clientes, tienen que participar de la debida diligencia. Estos PEP pueden ocupar cargos en todos los niveles de gobierno. Debido a que el GAFI no incluye una lista de las personas políticamente expuestas, conforme a lo solicitado por la IBA, los abogados son libres de decidir cuáles de sus clientes entran en esta categoría. Por lo tanto, asumen el riesgo de asesorar, identificar y denunciar correctamente a esos clientes. Se señaló que la CIA en EE.UU. hace pública una lista de PEP no nacionales. Constituye una herramienta muy valiosa para la selección de nombres. El Tesoro de EE.UU. también mantiene una lista de las personas políticamente expuestas.

Muchos países de la UE han aceptado la versión más reciente de las Recomendaciones. Aunque la UE continúa debatiendo la necesidad de mejorar la armonización entre sus Estados miembros, nada se ha logrado todavía. Como resultado, existen diferentes regímenes de información en diferentes países. Por ejemplo, debido a que el derecho del Reino Unido ha penalizado la no denuncia de circunstancias sospechosas, hay muchísimas denuncias por presunto lavado de dinero. Otros países con requisitos débiles tienen pocas denuncias, o directamente no tienen denuncias.

¿Son los códigos de ética profesional suficiente para frenar el lavado de dinero?

La sesión ha planteado la cuestión de si los regímenes regulatorios existentes y el derecho penal podrían ser suficientes para cubrir la obligación de los abogados de hacer frente a las actividades de lavado del cliente. Debido a que la profesión jurídica está regulada y los miembros están sujetos a códigos profesionales de conducta que imponen sanciones disciplinarias en casos de incumplimiento del código, los abogados ya tienen la obligación de servir a los intereses de la justicia y de asesorar a los clientes en contra de participar en actividades criminales, tales como el lavado de dinero. Por otra parte, si los abogados ayudan al lavado de dinero, ellos también se involucran en una actividad delictiva y pueden ser inhabilitados o perder la matrícula. Sin embargo, alguien del público opinó que, debido al fracaso de las sociedades de abogados para hacer cumplir las reglas a su disposición, se necesitan

leyes/regímenes ALD. También se reconoció que, debido a que los regímenes ALD han obligado a los abogados a tener que denunciar a sus clientes por actividades sospechosas sin “alertar” a sus clientes sobre la denuncia, podrían, de hecho, estar actuando como agentes del Estado y comprometiendo así su independencia profesional. Se expresó la opinión de que existen pocos casos de abogados que facilitaban el lavado de dinero sin saberlo. Los ejemplos de la participación de los abogados en este tipo de actividades se encuentran en circunstancias en las que, por lo general, los abogados se involucraron en conductas delictivas. A pesar de estas aparentes deficiencias y contradicciones, algunos vieron este uso de la “denuncia” a las autoridades como una forma de hacer frente a la corrupción, en particular en los países pobres.

Aumentar la conciencia de las posibles actividades de lavado de dinero de un cliente

Uno de los beneficios de los regímenes de ALD es el hecho de que ayudan a aumentar la conciencia de los abogados sobre los comportamientos sospechosos y proporcionar orientación sobre la forma de manejar las actividades sospechas del cliente. Además, en ausencia de tales regímenes, los abogados no tienen protección de las denuncias de mala conducta si violan el secreto profesional con el fin de denunciar tal conducta. Además, el GAFI ha animado a los abogados y otros para desarrollar guías prácticas como medio de aplicación de las Directrices. Por ejemplo, la ABA ha proporcionado guías prácticas voluntarias, con ejemplos prácticos sobre la manera de cumplir con los requisitos del GAFI. Se centran en los factores de riesgo que deben tenerse en cuenta al participar de la debida diligencia del cliente, y se identifican las “señales de alerta” que deberían ser de interés para los abogados. El peligro en la aplicación de cualquier régimen es que el cumplimiento puede descender a poco más que una adhesión mecánica a los requisitos.

Los regímenes ALD tienen el propósito de ampliar las obligaciones de los abogados más allá de la representación del cliente; destacan el deber del abogado para con la sociedad en su conjunto mediante la prestación de cierta protección a las víctimas indirectas de este tipo de actividad delictiva, que son con frecuencia los pobres.

Recomendaciones

- Abogar por una mayor aclaración sobre la intersección de las Directrices del GAFI y el código de conducta profesional de los abogados en cuanto a la confidencialidad de los asuntos de los clientes, para que los abogados estén mejor informados sobre sus obligaciones.
- Distinguir entre lo que se exige de los abogados por los regímenes de ALD y las reglas de conducta profesional.
- Apoyar la iniciativa del GAFI para crear una tipología claramente descrita de las transacciones a las que los abogados pueden acceder, de modo que los abogados tengan pautas más precisas para identificar transacciones sospechosas.
- Apoyar la creación de una guía de práctica modelo de ALD desarrollada por cuerpos profesionales para abogados y estudios jurídicos a fin de facilitar la investigación necesaria de clientes, PEP, propietarios beneficiarios y transacciones.

RSE, el sector financiero y la financiación de proyectos

*Sesión Conjunta de los Comités de Derecho Bancario y de Responsabilidad Social Empresaria*¹⁶

Antecedentes

Los avances en el ámbito de la RSE, como los Principios de Ruggie (Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Implementación del Marco “Proteger, Respetar y Remediar” de la ONU), los Principios de Ecuador (un punto de referencia de la industria financiera para determinar, evaluar y gestionar los riesgos sociales y ambientales en la financiación de proyectos), junto con las fuentes más tradicionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios de la OIT, están ejerciendo una gran influencia sobre las demandas que se les hace a las empresas transnacionales que buscan financiamiento para grandes proyectos en todo el mundo. Estas empresas se enfrentan a obligaciones más rigurosas para asegurar que sus proyectos no den lugar a abusos contra los derechos humanos y que las comunidades en las que se ubican los proyectos no se vean afectadas de manera adversa. La imposición de tales principios es vista como el uso de *soft law* que puede llevar consigo sanciones de *hard law*.

Marco tripartito de Ruggie: “proteger, respetar y remediar”

La sesión sobre la RSE, “La industria financiera y financiamiento de proyectos”, exploró la naturaleza y el impacto de estos enfoques jurídicos no vinculantes. Los Principios de Ruggie (“Ruggie”) se basan en el marco tripartito de “proteger, respetar y remediar”. El Estado cumple una función importante de “proteger” los derechos humanos, por ejemplo, en virtud de la adopción de los tratados/convenios de derechos humanos, y a través de la aplicación del derecho consuetudinario de los derechos humanos. La responsabilidad de proteger contra los abusos de los derechos humanos se extiende más allá de las acciones de los agentes del Estado a los de terceros, lo que incluye las empresas que operan dentro del Estado. La responsabilidad de “respetar” significa que, en la realización de sus negocios, la empresa debe respetar los derechos humanos de los demás, y, como mínimo, no hacer daño. Esto a menudo puede exigir a las empresas respetar los derechos humanos en los casos en que el Estado no los protege o es demasiado ineficaz para hacerlo. Por tanto, la empresa tiene la obligación de investigar el efecto que el proyecto podría tener sobre los derechos humanos y tratar de prevenir o mitigar cualquier impacto adverso. El alcance de los derechos humanos protegidos se extiende a “los derechos de los pueblos indígenas; mujeres; minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; niños; personas con discapacidad; y los trabajadores migrantes y sus familias... [En] situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario”. Así, el derecho al trabajo, la salud y la seguridad de la comunidad local, incluida la protección del medio ambiente, constituyen los tipos de derechos humanos que deben ser objeto de protección.

La responsabilidad de “remediar” el impacto negativo de un proyecto tiene en cuenta el uso de los mecanismos de reclamación que la empresa puede poner en marcha para hacer frente a las preocupaciones y problemas de la comunidad a medida que surjan. Participar en la colaboración y el diálogo permanente con la comunidad mejora las relaciones y evita la interrupción costosa y los retrasos. En caso de problemas, se pueden usar más tipos de mecanismos de solución formales.

Así, bajo Ruggie, las empresas tienen la responsabilidad de “identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de la forma en que abordan los impactos negativos sobre los derechos humanos”. No es raro que las grandes empresas creen un código de conducta que se hace público y puede ser citado como un medio para el comportamiento empresarial de autorregulación. Además, la empresa tiene la responsabilidad de llevar a cabo DDDH para asegurarse de que conoce los derechos humanos reales y potenciales riesgos que su negocio podría causar y diseñar mecanismos para evitar y, en su caso, corregir los problemas que se plantean.

¹⁶ Copresidentes: Michael Steen Jensen, Gorrissen Federspiel, Copenhague, Dinamarca; Ignacio Randle, Estudio Randle, Buenos Aires, Argentina. Oradores: Stéphane Brabant, Herbert Smith, París, Francia; Ade Ipaye, Ministerio Público y Comisionado de Justicia, Lagos, Nigeria; Liisa Jauri, Nordea Group, Helsinki, Finlandia; Patricio Leyton, FerradaNehme, Santiago, Chile. Elaborada por Mary Gold.

RSE: protección del medio ambiente en América Latina

En el contexto latinoamericano, gran parte del financiamiento y desarrollo de proyectos se ha orientado a mejorar el crecimiento económico y el aumento de oportunidades de empleo. El reconocimiento de la necesidad de un crecimiento más respetuoso del medio ambiente que se ocupa de las metas y aspiraciones de las comunidades locales es de gran importancia. Esto se puede lograr siguiendo las reglas de la convención de la OIT pertinentes:

- las empresas deben participar de una consulta informada con la comunidad local antes de la ejecución de un proyecto;
- deben reconocer los territorios y tierras que las comunidades han utilizado, pero sobre las cuales no poseen títulos de propiedad;
- deben compartir el proceso de toma de decisiones de inversión.

El proceso que se utiliza debe ser incluyente y exhaustivo para que las discusiones y decisiones se tomen a nivel de la comunidad, la industria y los gobiernos para garantizar que las preocupaciones de la comunidad sean atendidas de manera eficaz y eficiente. El uso de procesos inclusivos puede ayudar a lograr legitimidad para el proyecto y mejorar su competitividad. Por último, las partes deben adoptar una modalidad dirigida a la prevención de los efectos adversos de los grandes proyectos en materia de derechos humanos y medio ambiente.

La clave para la implementación de Ruggie es la creencia de que la protección de los derechos humanos es un buen negocio. La brecha que existe con frecuencia entre lo que la ley exige y lo que la sociedad requiere podría ser cerrada con éxito por la aplicación del tipo de régimen de RSE contenido en estos principios. Por otra parte, las empresas están descubriendo cada vez más que los bancos que participan de la financiación de grandes proyectos están preocupados por la salud a largo plazo de estos proyectos y por identificar un compromiso con la RSE como una condición que se debe cumplir con el fin de obtener financiación.

El uso de los Principios de Ecuador como una herramienta para decidir la financiación de proyectos

Los Principios de Ecuador (PE) constituyen otra aproximación a la RSE que complementa Ruggie. Los principales bancos de todo el mundo han adoptado estos Principios “para garantizar que los proyectos [que ellos] financian se desarrollen de una manera que sea socialmente responsable y refleje prácticas ambientales y de gestión sólidas”. Esto incluye factores tales como los problemas del trabajo, la salud y la seguridad. Los Principios se aplican a los proyectos que tienen “costos totales de capital de US\$ 10 millones o más”. Además, los PE se dirigen especialmente a proyectos ubicados en países fuera de la OCDE y en los países de la OCDE no designados como de altos ingresos. Los prestatarios están obligados a cumplir con los Principios a fin de obtener financiamiento y deben comenzar con la realización de una evaluación de debida diligencia sobre el impacto social y ambiental y los riesgos del proyecto.

Una revisión de las prácticas del Grupo Nordea proporciona un ejemplo de cómo un banco ha implementado con éxito los PE en los proyectos que financia. Los accionistas de Nordea adoptaron los PE en 2007 a causa de su deseo de participar de la financiación responsable para proyectos que tendrían un impacto social y ambiental. Nordea explica los PE “como un marco de gestión de riesgos de crédito para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales en las operaciones de financiación de proyectos”. El banco también quería proporcionar información clara y transparente sobre sus productos y servicios. Además, en 2007, Nordea firmó los Principios iniciados por las Naciones Unidas para la Inversión Responsable. Esta iniciativa “refleja[ba] la opinión de que el ASG puede afectar el rendimiento de las carteras de inversión y, por tanto, debe ser tenido debidamente en cuenta por los inversores”.

Nordea ha producido su propio Manual de PE (caja de herramientas) que proporciona orientación a los gerentes del banco para la financiación de proyectos responsables. Los diez PE se reflejan en el flujo de trabajo de los pasos que siguen los gerentes:

1. revisión inicial del proyecto;
2. evaluación del proyecto;

3. negociación del proyecto, compromiso y seguimiento;
4. presentación de informes externos.

Estos pasos se integran con la evaluación general de crédito de Nordea y el flujo de trabajo de decisiones. Especialistas en ESG proporcionan ayuda a los gerentes. El Grupo Asesor en PE de Nordea puede entonces hacer recomendaciones sobre todos los casos de financiación de proyectos. Con respecto a los que tienen éxito, el Grupo Asesor establecerá los términos y condiciones que rigen la participación en el proyecto, incluidos los relacionados con las cuestiones ambientales y sociales.

RSE: impedimentos para la aplicación

El papel de las empresas en el desarrollo socio-económico, en particular en África, también se trató en la sesión. La evolución de los regímenes de la RSE constituye un enfoque para el uso de un instrumento no obligatorio de desarrollo para promover formas éticas de actividad empresarial. Tales regímenes apoyan la opinión de que las corporaciones son entidades que tienen responsabilidades sociales. Por otra parte, la adopción de Ruggie y las PE por las corporaciones y los bancos aumenta la expectativa de que estamos avanzando hacia la adopción de principios establecidos a nivel internacional.

Sin embargo, a pesar del hecho de que los bancos y las corporaciones tratan de adherirse a los principios de la RSE, existen circunstancias que ponen en peligro su aplicación exitosa en la financiación de proyectos. La actual situación económica obliga a los banqueros a concentrarse en la rentabilidad. Si no se puede hacer dinero y los préstamos, con sus altas tasas de interés, no se pueden pagar, los objetivos en materia de RSE se ven amenazados. La evaluación de los proyectos para su posible financiación es muy estricta debido a la presencia de altas tasas de interés y la probabilidad de incumplimiento.

En Nigeria, por ejemplo, muchas empresas han visto riesgos a largo plazo en el impacto ambiental y los derechos humanos de los grandes proyectos, y han tratado de trasladar la responsabilidad al gobierno. La existencia de la mala infraestructura en los países en los que operan los proyectos puede obstaculizar las operaciones cuidadosas del medioambiente. Debido a que todavía existe amplia corrupción, la justicia se ve comprometida y el comportamiento ético es penalizado.

El gobierno tiene un papel importante que desempeñar para garantizar que una empresa cumpla con su RSE. En primer lugar, se debe mejorar la estructura normativa, las leyes y su aplicación. Ante la ausencia de leyes y su aplicación, los gobiernos deberían fomentar el cumplimiento voluntario de los principios de RSE. Estos principios deben ser incorporados en la forma de hacer negocios y deben ser una parte integral de la política y la práctica empresarial.

Se pueden extraer tres conclusiones de esta sesión:

1. La clave para el éxito de la RSE en la protección de los derechos humanos es la noción de la confianza, la credibilidad y la asociación, así como la noción de *soft law* y *hard law*.
2. La RSE debe ser incorporada en el proceso de toma de decisiones de financiación de proyectos y no relegarse hasta el final de la lista de prioridades.
3. Las prácticas empresariales responsables son un requisito previo para un resultado sostenible y tales prácticas definitivamente pagan.

Directrices para asesorar a los clientes sobre las responsabilidades en materia de RSE

Los abogados deben ser conscientes de sus responsabilidades en el asesoramiento a los clientes acerca de su RSE. Las empresas que buscan financiación de proyectos ya no tienen la opción de decidir si se debe cumplir con estas obligaciones. Si los abogados no aconsejan correctamente los clientes corporativos, cargan la responsabilidad si los clientes no cumplen con sus obligaciones. De hecho, las violaciones graves a los derechos humanos también podrían ser declaradas como violaciones del derecho internacional. Los abogados también deben ser capaces de asesorar a los clientes sobre la importancia de preservar la integridad de su marca y reputación. La amplia cobertura de los medios de abusos contra los derechos humanos que la RSE tiene como objetivo proteger puede causar un gran daño a la imagen y la integridad de la empresa. Por otra parte, los prestamistas en proyectos grandes están preocupados por su sostenibilidad a largo plazo y serán muy precavidos hacia los temas de RSE. No quieren que los proyectos que financian se derrumben. Por lo tanto, el uso de principios de RSE

y de PE brindan los medios para salvaguardar los préstamos del banco. A veces, los estudios jurídicos tienen que decidir que no van a representar a ciertos clientes si no están dispuestos a cumplir con sus obligaciones en materia de RSE. Representar este tipo de clientes puede afectar negativamente a la reputación de los abogados y sus estudios jurídicos.

RSE en África: ¿herramienta eficaz o salida conveniente?

Sesión Conjunta del Foro Regional de África y del Comité de Responsabilidad Social Empresaria¹⁷

Encuadre del problema

La sesión “RSE en África: ¿herramienta eficaz o salida conveniente?” exploró si las empresas transnacionales que operan en África han demostrado un compromiso suficiente hacia sus responsabilidades sociales empresariales. A lo sumo, una empresa debe considerar el uso de la RSE como una inversión que es mutuamente beneficiosa para la empresa y la comunidad, que por proteger y promover los intereses de la comunidad, también protege y mejora el bienestar financiero de la compañía. Existen muchos ejemplos en los que las empresas ven sus proyectos comunitarios en materia de RSE como un deber que se ponen a sí mismas como parte del costo de hacer negocios exitosamente, en lugar de como un compromiso con la población local. Así, estas empresas podrían ver sus obligaciones en materia de RSE de forma estrecha, por ejemplo, como la construcción de hospitales prometidos, escuelas, etc., y proceder a la explotación de la comunidad local e ignorar sus intereses legítimos. El problema de limitar la RSE a los proyectos “benéficos” es que la empresa no está haciendo una contribución significativa al desarrollo, de forma que la RSE no es más que un escaparatismo. Lo que se necesita es el cumplimiento de las salvaguardas ambientales, así como el compromiso de proteger los derechos humanos.

Justificaciones para la RSE

Uno de los oradores, haciendo referencia a un artículo de 2006 del *Harvard Business Review* destacó las cuatro justificaciones principales para la RSE:

1. obligación moral (el éxito comercial está vinculado a los valores éticos y el respeto por las personas, las comunidades y el medio ambiente natural);
2. sostenibilidad (“cuidado del medio ambiente y la comunidad”);
3. licencia para operar (las empresas necesitan “la aprobación explícita o tácita de los gobiernos, las comunidades y los grupos de interés ... para hacer negocios”);
4. reputación (el compromiso con los principios de la RSE refuerzan la marca de una empresa, etc.)

Las iniciativas más exitosas de RSE son aquellas que: satisfacen las necesidades de la sociedad y están ancladas en las actividades de la empresa; son productivas para la empresa y la comunidad; y constituyen un compromiso a largo plazo con las metas de desarrollo. Algunas compañías tratan de incorporar la RSE en todos los aspectos de su negocio, tienen divisiones para recibir quejas que lidian con los problemas y toman el respeto de los derechos humanos en serio.

Impedimentos para la RSE efectiva

En algunos casos, las empresas, viendo a los proyectos de RSE en términos de caridad, persiguen ventajas fiscales del país anfitrión para realizar la inversión. Sería un ejercicio interesante y útil determinar si las empresas que operan o que desean seguir haciendo negocios en África en realidad pagan sus impuestos en África. Sería perfectamente razonable que las compañías estén sujetas a impuestos locales, independientemente de su participación en la filantropía local.

La eficacia de la RSE también se ve comprometida por el hecho de que las empresas tienen sede en

¹⁷ Copresidentes: Toyin Bashorun, Churchfields, Lagos, Nigeria; Jacob Saah, Saah y Company, Accra, Ghana. Oradores: Jack Blum, BakerHostetler, Washington, DC, EE.UU.; Babatunde Raji Fashola, Lagos House, Lagos, Nigeria; Kayode Oladele, Juris International, Detroit, Michigan, EE.UU.; Thomas Trier Hansen, Nordic Law Group, Copenhague, Dinamarca; Ashwin Trikamjee, Garlicke & Bousfield, Umhlanga Rocks, Sudáfrica. Elaborada por Mary Gold.

el extranjero y no tienen propietarios en África a los que pueda alcanzar el sistema judicial local, por lo que es mucho más difícil hacer cumplir la RSE. Además, los directores de empresa están protegidos de la responsabilidad y, por tanto, son capaces de eludir la responsabilidad de garantizar que se cumplan las obligaciones en materia de RSE.

Problemas que impiden la supervisión efectiva del Estado de la RSE

El Estado tiene un rol importante en la promoción de iniciativas de RSE; debe verse a sí mismo como un actor crucial para garantizar que las empresas multinacionales cumplan con sus obligaciones. Hay una necesidad de que el Estado promulgue leyes y reglamentos para garantizar el cumplimiento de la RSE. Lamentablemente, debido a la existencia de corrupción en el gobierno en muchos países africanos, se hacen pocos esfuerzos por promover el desarrollo continuo y sostenible. Incluso si la corrupción no está presente, los gobiernos pueden tender a ser complacientes con respecto al seguimiento de la aplicación de los objetivos de RSE de la empresa. En algunos casos, las empresas forman afiliaciones con determinados sectores de gobierno cuando se trata de desarrollar oportunidades de negocio, pensando que estos actores gubernamentales pueden ayudar a la empresa si se encuentra con dificultades para cumplir sus obligaciones en materia de RSE. Por último, si el estado de derecho es débil en un país, se hace más difícil hacer cumplir las obligaciones en materia de RSE.

Iniciativas para reforzar las obligaciones en materia de RSE

Existieron iniciativas para reforzar las obligaciones en materia de RSE y su aplicación. La CE, en una declaración de políticas de 2001, abordó la cuestión de permitir la presentación de demandas ante el Tribunal Europeo por actividades que tuvieron lugar en África y, en cuanto al derecho aplicable, permitió la aplicación de las normas nacionales del país europeo. En Sudáfrica, el Informe *King Report on Corporate Governance* y el *King Code* reconocen que debido a que las empresas tienen un impacto en la comunidad, deben ser obligadas a informar su desempeño con respecto a la RSE. La Organización Internacional de Normalización, en su ISO 26000, establece normas generales a ser utilizadas por las empresas para la identificación y satisfacción de la RSE. Aunque la adopción de las normas es voluntaria, proporciona otro mecanismo para el avance de las metas en materia de RSE. La certificación se ha utilizado para controlar y garantizar el cumplimiento de la RSE. Esta modalidad no siempre funciona debido a la necesidad de acceder a la información pública sobre la vía establecida para cumplir con los objetivos en materia de RSE. Por último, la ONU, a través de Ruggie, ha establecido que los derechos humanos son el elemento central de su régimen de RSE; un enfoque que está ganando cada vez más aceptación. Sin embargo, siempre es mejor tener estructuras y procesos para monitorear las actividades de RSE y asegurarse de que se cumplan, en lugar de depender de la imposición de las sanciones después de los hechos.

Papel de los abogados en la promoción del cumplimiento de RSE

Los abogados tienen un papel importante en la promoción del cumplimiento de RSE. Primero deben asesorar a los clientes sobre la importancia de cumplir con las obligaciones en materia de RSE y no sobre la forma de escapar de ellas. También hay una necesidad de asegurar que los clientes entiendan que deben cumplir con las leyes del país en donde están operando. Uno de los oradores hizo referencia a una regla promulgada por la Bar Association de Nueva York que establece que la ayuda de un abogado a otra persona en la violación de las leyes de otro país es una falta de ética. Los abogados también deben tratar de garantizar que las empresas multinacionales no utilicen su estructura corporativa y residencia para eludir su responsabilidad en los países extranjeros en el que hacen negocios.

Los abogados también tienen que ser conscientes del hecho de que las organizaciones de la sociedad civil de África están siguiendo y difundiendo activamente los casos de incumplimiento y abusos de derechos humanos en materia de RSE. Desempeñan un papel importante, ya que los informes que difunden capturan una amplia atención de los medios que pueden afectar la reputación de las empresas cuyas actividades son sospechosas. Los clientes deben ser asesorados respecto del efecto adverso de esta publicidad negativa sobre la imagen y la integridad de la empresa.

Recomendaciones para el gobierno

- Instituir o mejorar la estructura normativa, las leyes y los medios para su ejecución que garanticen el cumplimiento con la RSE por parte de las empresas.
- Encontrar mecanismos que se pueden utilizar para asegurarse de que las sociedades no residentes y sus dueños no puedan eludir su responsabilidad (por ejemplo, exigir la colocación de bonos de desempeño como parte del costo de hacer negocios).
- Promulgar leyes estrictas y transparentes de los conflictos de interés y ALD para abordar las cuestiones de corrupción.

Recomendaciones para las empresas

- Revisar el código de conducta para garantizar que diga claramente el objetivo de la organización en materia de RSE.
- Instituir o volver a examinar los procesos para evaluar el cumplimiento de la RSE y para la realización de exámenes eficaces de debida diligencia.
- Incorporar la RSE en el proceso de toma de decisiones de financiación de proyectos.

Recomendaciones para los profesionales del derecho

- Instituir o rever los protocolos de provisión y supervisión por parte del estudio jurídico que deberán ser aplicados al momento de aconsejar a los clientes sobre sus obligaciones en materia de RSE.
- Asesorar a los clientes sobre la importancia de cumplir con las obligaciones en materia de RSE y sobre el cumplimiento de la ley del país en el que realizan sus negocios.
- Apoyar la aplicación de disposiciones como las del Código de Conducta del *Bar Association* de Nueva York que establecen que cuando un abogado ayuda a otra persona a violar las leyes del país en el que opera está incurriendo en una falta de ética.

Glosario de siglas

A4ID	Advocates for International Development (Defensores de Desarrollo Internacional)
ABA	American Bar Association (Colegio de Abogados de EE.UU.)
ABA ROLI	American Bar Association Rule of Law Initiative (Iniciativa para el estado de derecho de la ABA)
ALD	anti-lavado de dinero
ASG	ambiental, social y gobernanza corporativa
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CDESC	Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CE	Comisión Europea
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CFG	crisis financiera global
DDDH	debida diligencia en materia de derechos humanos
EE.UU.	Estados Unidos de América
EIDH	Evaluaciones de Impacto en los Derechos Humanos
FCPA	US Foreign Corrupt Practices Act [Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de EE.UU.]
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
IBA	International Bar Association (Asociación Internacional de Abogados)
IBAHRI	International Bar Association Human Rights Institute (Instituto de Derechos Humanos de la IBA)
ISLP	International Senior Lawyers Project (Proyecto Internacional de Abogados Sénior)
ISR	inversión socialmente responsable
IT	Nómadas irlandeses
J4P	Justice for the Poor (programa del Banco Mundial: Justicia para los Pobres)
LD	lavado de dinero
LPD	IBA Legal Practice Division (División de Práctica Jurídica de la IBA)
MSF	Médecins Sans Frontières (Médicos sin Fronteras)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo
OCDE-CAD	Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE
ODA	asistencia oficial para el desarrollo
OIDD	Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	organización no gubernamental
ONU	Naciones Unidas
PE	Principios de Ecuador
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIL	derecho de interés público
PNUD	Programa para el Desarrollo de la ONU
PPID IBA	División de Interés Público y Profesional
RSE	responsabilidad social empresaria
RU	Reino Unido
UE	Unión Europea

Índice

ABA ROLI

Abogados, rol

- categorización
- categorización de las dimensiones jurídicas de la pobreza
- gobernanza corporativa
- leyes de asistencia social y cobertura médica diseñadas para promover la independencia
- leyes más simples para los pobres
- leyes más simples para los programas de microfinanzas
- leyes que se concentran en los prestatarios individuales
- leyes tributarias que promueven la empresa social
- permisos de exención para los pobres
- pobreza
- programas de préstamos no gubernamentales
- Sistemas más simples, inmigración y pasaportes
- tarifas y barreras comerciales que favorezcan a las personas menos poderosas
- tres ideas básicas

Academia jurídica

- roles

Advocates for International Development (Defensores de Desarrollo Internacional)

Armytage, Livingston

Ashiagbor, Diamond

Banco Grameen

- conectando a personas, al banco y al capital social

Banco Mundial

- estado de derecho
- Justicia para los pobres
- Marco Integral del Desarrollo
- World Development Report 2011

Bekink, Bernard

Bohmer, Martin

Botha, Christo

Cohen, Marius Job

Corker, John

Corte Suprema

Crisis financiera global (CFG)

- causas
- causas subyacentes
- crisis de tres etapas, como
- derechos humanos
- desigualdad en los ingresos
- efectos
- entorno empresarial del siglo XXI
- impacto de
- impacto social
- influencia sobre la sociedad
- trabajo internacional pro bono, véase también Trabajo internacional pro bono
- trabajo, efecto sobre, véase también efecto sobre la CFG sobre el trabajo

Crisis social argentina

- democracia, regreso a la
- derecho argentino
- educación jurídica
- estado de derecho

- fuentes de derecho
- jueces
- ONG
- práctica del interés público
- reconfiguración cultural
- Reforma de 1994
- respuesta de la profesión jurídica
- Declaración de Trabajo Pro Bono de la IBA
- Democracia
 - cambios en orientación
- Derechos de pensión
- Derechos humanos
 - Carta de la ONU
 - CFG
 - efectos sobre el goce debido a la CFG
 - equilibrar la presión de la CFG
 - implicaciones para las organizaciones jurídicas y empresariales
 - medidas de humanidad dentro de la sociedad
 - normas, uso en tiempos de crisis económica
 - nuevo marco global
 - peligros de ignorar los efectos adversos de la CFG con respecto a los derechos humanos
 - principios rectores específicos
 - roles jurídicos indirectos y responsabilidades en el alivio de la pobreza
- Derechos humanos fundamentales
- Derechos humanos sociales
 - medidas de austeridad
- Derecho Laboral
 - austeridad
 - CFG, impacto
 - Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización
 - derecho a la igualdad en momentos de crisis económica y austeridad
 - individual, impacto de la CFG sobre
 - mecanismos de ajuste
 - negociación social importante
 - términos y condiciones establecidos de forma colectiva
- Desigualdad en los ingresos
 - CFG
- División de Interés Público y Profesional (PPID)
 - Proyecto de fase 2 de la CFG
- Efecto de la CFG sobre el trabajo
 - aumento del desempleo
 - aumento en la desigualdad
 - aumentos de trabajo informal y temporal
 - dimensiones de edad del desempleo
 - dimensiones del género en el desempleo
 - disminución de la participación de las fuerzas de trabajo
 - medidas de políticas para abordar
 - medidas para el empleo y la protección social
 - reforma de la regulación financiera
 - reforma, falta de
 - respuestas de regulación y de políticas públicas del mercado laboral
 - retraso en la convergencia de los niveles de vida

Estado benefactor

- argumento de la desigualdad
- barreras contra el emprendimiento
- carga de la regulación
- correlación entre el crecimiento y el gasto público
- creación de empleo-empleo civil total
- crecimiento de la producción de empleo en el sector empresarial
- crecimiento real por PBI
- crisis como la madre de toda reforma
- cuña impositiva marginal total de la renta de las personas
- cuota de empleo en el sector público
- diferencias entre las tasas de empleo abierto y pleno
- empleo abierto y pleno
- empleo acumulativo y cambios poblacionales en Suecia 1950-2004
- empleo como porción de la población total
- estadísticas, comprensión
- estudios de reforma de sindicatos
- Europeo, desempeño
- evolución de los costos no salariales pagados por los empleadores
- gasto público como porcentaje del PBI
- gasto real por estudiante
- gasto total en capacitación y programas del mercado laboral pasivo
- gastos relacionados con la discapacidad
- impuestos sobre las nóminas
- incentivos
- leyes de protección del empleo
- licencia por enfermedad para hombres y mujeres
- mediciones buenas llevan a conclusiones fuertes
- mediciones malas llevan a conclusiones débiles
- modelos
- naturaleza de
- niveles de prosperidad 1970-2003
- PBI ajustado por PPP per cápita en Suecia
- presiones sobre
- productividad por hora laboral
- proporción del grupo de 25-34 años con educación universitaria
- regulación del mercado de productos
- tasas de desempleo abiertas según la OCDE
- tasas de empleo abiertas y ajustadas en un subconjunto de países europeos
- trabajadores discapacitados no empleados
- uso de internet y protección del empleo
- viabilidad

Estado de derecho

- Banco Mundial
- contexto
- crítica de la práctica
- democracia liberal
- desarrollo internacional
- evidencia empírica sobre los determinantes económicos del crecimiento
- gobernanza
- humanismo
- institucionalismo
- justicia en el mundo
- justificación de la reforma judicial

- naturaleza de
- realineación para la promoción de la justicia
- realineamiento para la promoción de la justicia
- reforma judicial
- reformas, naturaleza
- USAID

Evans, Adrian

Gobernanza

- cambios en orientación

Gobernanza corporativa y responsabilidad

- cambios en orientación

Gold, Neil

Grecia

- medidas de austeridad

Grupo de trabajo presidencial sobre la crisis financiera de la IBA

- autores

- cooperación con abogados e instituciones

- foco de

- informe

- mandato

- miembros coordinadores

- miembros expertos

- origen

Guerra contra la pobreza

- abogados

Holanda

- profesión jurídica

Horrigan, Bryan

ISLP

Justicia

- equidad

- importancia de

- naturaleza de

Justicia en el mundo

- bienes primarios contra capacidades

- capacidades

- conflictos en los principios distributivos

- desacuerdo

- desvinculación en las teorías trascendentales

- disciplina de la comparación

- discusión pública global

- estado de derecho

- filosofía política contemporánea

- imparcialidad abierta

- interés individual

- juicios comparativos, usos

- libertades

- ordenamientos incompletos

- parroquialismo social

- pregunta fundamental para

- profesión jurídica global

- Teoría de justicia rawlseana como equidad trascendental contra comparativo
- Kawamura, Akira
 - CFG, sobre
- Lavado de dinero
 - abogados
 - Comentario sobre profesionalidad de la IBA
 - ética fundamental
 - pobreza
 - Tipología de Parker de los abogados
- Lex Mundi Pro Bono Foundation
- Loorbach, Jan Dirk
- Mandato de Ruggie
- Marshall, Shelley
- Maynard, Peter
 - Pobreza
- Mercados laborales
 - CFG
- Niti*
- New Perimeter
- Nyaya*
- PILnet
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pobreza
 - categorización de las dimensiones jurídicas
- Pobreza y el derecho
- Profesionales de la justicia
 - roles de
- Rawls, John
 - justicia
- Responsabilidad corporativa y pobreza
- Responsabilidad social empresaria
 - armonización de las normas comerciales en todo el mundo
 - cambios en la orientación de los abogados y las organizaciones jurídicas
 - cambios en orientación
 - conflicto con el valor para el accionista
 - escape conveniente
 - ética y economía
 - foco en
 - más allá de la maximización de beneficios
 - necesidad de
 - remedio efectivo, como
- Sesiones de Prioridad Presidencial
 - abogados contra la pobreza
 - actualización global de la legislación contra la corrupción y su implementación de 2012
 - CFG en África
 - CFG, el sector financiero y la financiación de proyectos
 - corrupción en arbitrajes por inversiones internacionales
 - ética profesional y lavado de dinero
 - Exhibición de la PPID
 - grupos desposeídos

- iniciativas contra la corrupción
- Joseph Stiglitz, discurso de apertura
- saqueo
- sobrepoblación
- Sesiones de prioridad presidencial
 - informe
 - rol de las instituciones financieras en la lucha contra la corrupción
- Skogly, Sigrun
- Soutar, Tim
- Spiesshofer, Birgit
- Stiglitz, Joseph
 - medidas de austeridad
 - Sesiones de Prioridad Presidencial
- Taxonomía del desarrollo justo
- Tipología de Parker de los abogados
- Trabajo pro bono internacional
 - construcción nacional y desarrollo económico
 - construcción y fortalecimiento de los sistemas legales y las instituciones
 - declaración de apoyo
 - desarrollo
 - desastres y emergencias
 - educación legal comunitaria
 - enfoques de los estudios jurídicos y organizaciones de abogados
 - fortalecimiento de instituciones para aumentar la resiliencia
 - historia
 - igualdad de género
 - impacto social indirecto de los servicios jurídicos
 - mejorar el acceso a la justicia y reforma legal
 - patrones
 - protección ambiental
 - seguridad alimentaria y contra el hambre
 - sitio Web
 - tendencia en marcha desde antes del año 2000
 - tendencias
 - tipo de trabajo
 - trabajo legal no litigioso
- TrustLaw Connect
- USAID
 - estado de derecho
- Yunus, Muhammad