

# Problemas constitucionales de los flujos financieros internacionales

## Consideraciones sobre el “Estado intangible”

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El denominado “neoliberalismo” ha resultado más rígido que el liberalismo del que toma inspiración y principios. La renovación no ha consistido en recoger las tesis de ADAM SMITH, sino en aplicarles una nueva dimensión, en especial por lo que hace a la división del trabajo. Este principio, clave para la producción, en el actual orden económico internacional permite diferenciar a las sociedades exportadoras y receptoras de capital, entre las que se ha establecido una relación asimétrica conforme a la cual estas últimas acaban por depender de las decisiones que se toman desde los centros de control de los flujos financieros.

La distorsión del principio de división del trabajo es una expresión patológica del neoliberalismo. En su origen el principio estaba inspirado por el éxito productivo de un esquema en el que los esfuerzos compartidos y equilibrados<sup>1</sup> generaban resultados satisfactorios para todos los participantes en el proceso. Adicionalmente tiende a crecer un problema que afecta uno de los principios medulares de las tesis liberales: la confianza. En efecto, un factor que no desarrolló SMITH pero que se ha venido explorando con creciente interés es el concerniente

a la confianza como uno de los ejes de la economía libre<sup>2</sup>. Ahora bien, las condiciones jurídicas que generan incertidumbre para los países receptores de inversión extranjera altamente volátil, están muy lejos de alentar confianza. Por el contrario, es previsible que la desconfianza tienda a aumentar en perjuicio de los procesos de la globalización, si no se adoptan los instrumentos jurídicos que ofrezcan seguridad y estabilidad en las relaciones económicas internacionales.

Aunque el concepto de Estado de derecho es solo aplicable al ámbito en el que se ejercen acciones de poder coactivo y se tutelan la libertad, la equidad y la seguridad jurídica, las relaciones económicas internacionales también requieren, para desenvolverse conforme a pautas de equidad y seguridad, de una especie de Estado de derecho global, cuya garantía corresponda a la comunidad internacional integrada por estados soberanos.

Los efectos devastadores de la segunda Guerra Mundial llevaron a la conclusión de que se hacía necesario un amplio esfuerzo internacional para racionalizar la economía del planeta. JOHN MAYNARD KEYNES había examinado a profundidad las que denominó «consecuencias económicas de la paz», correspondiente a la primera posguerra, y en previsión de que no se produjeran des-

ajustes económicos que condujeran a un nuevo conflicto armado, en 1930 propuso la creación de un banco central supranacional<sup>3</sup>. En 1941, ya en plena guerra, redactó un memorando en que, entre otras cosas, sugería la creación «de una institución central de carácter puramente técnico y apolítico que auxilie y apoye a otras instituciones internacionales relacionadas con el planteamiento y la regulación de la vida económica del mundo [...] Necesitamos un medio de dar confianza a un mundo en dificultades...»<sup>4</sup>.

Esas fueron las ideas dominantes para que, en Bretón Woods, en 1944, se adoptara el acuerdo constituido del Fondo Monetario Internacional. El artículo 1.º establece que los objetivos del FMI son, entre otros, «promover y mantener altos niveles de hémelo» entre los países suscriptores, «ofrecer confianza entre los miembros», y actuar «sin adoptar medidas que perjudiquen la prosperidad nacional o internacional». La experiencia ha demostrado que la actuación del Fondo ha sido exactamente la opuesta a lo consignado en su estatuto fundacional, en tanto que ha impuesto políticas económicas que han afectado el empleo, ha hecho de la desconfianza la base de sus procedimientos y ha ocasionado múltiples perjuicios a economías de numerosos países en desarrollo. A este respecto JOSEPH STIGLITZ<sup>5</sup> formula una crítica documentada, que exhibe los graves errores y las desviaciones en que esa institución ha incurrido.

Según una importante corriente del pensamiento económico, la liberalización de los capitales financieros, acompañada por una liberalización semejante en el mercado de bienes y de trabajo, debería generar un mayor crecimiento; sin embargo hay observaciones críticas que muestran lo contrario<sup>6</sup>. Sobre este aspecto se advierte una llamativa rectificación en uno de los medios que

tradicionalmente abogó por la complementación de las libertades irrestrictas comercial y financiera. La revista *The Economist* anuncia un profundo giro al reconocer la conveniencia de regular los flujos financieros internacionales. En su línea de reflexión apunta: «si alguna causa recibe el apoyo incondicional de *The Economist*, es la libertad de comercio. Tanto tiempo como tiene de existencia esta revista, ha encabezado la libertad de comercio a través de las fronteras».

Más adelante apunta que cuanto se decía para el comercio de mercancías, rezaba para el mercado de capitales<sup>8</sup>. Sin embargo, aclara que ha llegado a la conclusión de que no son lo mismo, porque el mercado de capitales corre el riesgo de cometer errores. y esos errores pueden afectar gravemente a los acreedores y a los deudores. Admite que grandes cantidades de recursos financieros han fluido a Asia y a América Latina, y que los errores ajenos que los han afectado han asumido en la recesión a economías que se encaminaban al éxito. Agrega que muchos gobiernos no han aprendido que el flujo de capitales hacia economías con instituciones financieras deficientes reguladas puede ocasionar más perjudicios que beneficios. Concluye que el FMI y los gobiernos de los países más ricos han visto con relucencia la regulación de los flujos financieros, pero ha llegado el momento de cambiar la actitud y que los «gobiernos de los países en desarrollo harán bien emulando la exitosa experiencia de Chile». La frase final es contundente: «ha llegado el tiempo de revisar la ortodoxia económica en este asunto».

En este trabajo se presentan algunas consideraciones acerca la regulación de los flujos financieros internacionales, desde una perspectiva jurídica. Este fenómeno plantea un serio desafío a la estructura constitucional del Estado contemporáneo que debe ser abor-

dada con la mayor objetividad posible. Se a señalado que las sociedades que quieren adaptarse a la globalización tienen que «tolerar la cultura de la creación destructiva»<sup>9</sup>. Este oxímoron denota el sentido contradictorio de la globalización, en buena medida globalizar ha significado hacer de algunos lo que era de muchos. Parafraseando a G. ORWELL (*Animal farm*) puede decirse que en el mundo global unos son más globales que otros.

Las reglas económicas son una expresión del mundo material, las reglas jurídicas corresponden al mundo ideal. Es la diferencia entre el ser del mercado y el deber ser del derecho. Las reglas del mercado y las reglas de la sociedad obedecen a dos formas distintas de racionalidad: La razón del interés, de la utilidad y de la maximización de los resultados, en el primer caso, y la razón de la equidad, la proporcionalidad y la justicia, en el segundo.

## 2. LA REGULACION DE LOS FLUJOS FINANCIEROS INTERNACIONALES

Aunque no se le presto atención, al comenzar 1929 un prominente banquero estadounidense, RICHARD WARBURG<sup>10</sup>, advirtió que, de no ponerse freno a la especulación sin límite entonces imperante, Estados Unidos se adentraría en una depresión muy profunda. El economista ROGER BABSON retomo esos puntos de vista y subrayó la «terrible» magnitud de la depresión que se aproximaba. Tampoco se le hizo mucho caso. Del examen de ese y de otros casos similares, GALBRAITH identifica una constante: la economía de mercado es proclive a episodios recurrentes de especulación.

La preocupación por la estabilización financiera internacional se acentuó en las posguerras mundiales. En 1944, un grupo

de influyentes economistas, entre quienes figuraban JULES BOGEN, ALVIN H. HANSEN, EDWIN KEMMERER, JACOB VINER, RAY WESTERFIELD y JOHN WILLIAMS, realizó un amplio recuento de lo acordado en Bretton Woods. La discusión se centró en los posibles resultados de los acuerdos pensados en el futuro. Su predicción fue muy precisa: de no establecerse una cooperación internacional plenamente institucionalizada, se intensificarían el nacionalismo económico, la rivalidad entre los bloques de países, las fricciones internacionales y las crisis<sup>11</sup>. Los hechos han venido dándoles la razón.

Muchos años más tarde JAMES TOBIN convirtió la regulación de los mercados financieros internacionales en una de sus áreas de interés. Sus tesis en esta materia apenas comienzan a recibir la atención que merecen. Lo más llamativo es que una parte de su preocupación se orienta a la defensa de las economías nacionales más débiles, y es en esos ámbitos donde menor interés han suscitado. Entre esas propuestas figura la que se identifica como “impuesto Tobin”, que atiende a la regulación de las transacciones financieras internacionales. Debe subrayarse que en agosto de 2001 el entonces primer ministro de Francia, LIONEL JOSPIN, se pronunció a favor de adoptar este impuesto.

TOBIN advierte<sup>12</sup> que las dos dimensiones del sistema monetario internacional consisten en los regímenes del sistema cambiario y en la movilidad del capital a través de las regiones y de las jurisdicciones nacionales. Este último problema es de naturaleza eminentemente normativa. Agrega que existen grandes ventajas entre mayor sea la libertad de movimientos del capital, pero también representa el riesgo de una creciente oportunidad para la especulación.

En 1993 TOBIN calculaba que cada día se llevan a cabo operaciones financieras internacionales por un monto de mil millones de dólares. En este contexto TOBIN plantea «poner un poco de arena en las ruedas»<sup>13</sup> para detener la especulación sin afectar los flujos de capital. Esa “arena” es, precisamente, el impuesto a las transacciones internacionales. Con esta medida legal disminuiría la «volatilidad excesiva» de los capitales. La disposición, para ser eficaz, tendría que ser adoptada por todos los países y, según TOBIN, no afectaría los intercambios comerciales.

ÓSCAR LAFONTAINE<sup>14</sup>, efímero ministro de finanzas de Alemania, calculó que en 1996 ese movimiento ya ascendía a mil quinientos millones de dólares diarios. Añade que, solamente en 1987, las comisiones de los corredores y otros costos relacionados con los movimientos internacionales de capital representaron ingresos por veinticinco mil millones de dólares en Estados Unidos, equivalentes a una sexta parte de las ganancias empresariales del año. NIALL FERGUSON estableció que, al finalizar los años 90, veinte empresas norteamericanas controlaban el noventa por ciento de las operaciones internacionales de intermediación financiera; de ellas una quinta parte corresponde a sólo tres empresas<sup>15</sup>.

Ese elemento de información es relevante para apreciar la magnitud de los intereses que están involucrados en la elevada velocidad de las transferencias de capital. TOBIN<sup>16</sup> examinó las implicaciones de ese fenómeno y llegó a la conclusión de que las oportunidades para la especulación que ofrecen las nuevas tecnologías con que operan los mercados financieros representan un riesgo «para las políticas racionales nacionales e internacionales». Un amplio análisis de ese problema, lo llevó a proponer un impuesto que inhibiera la extrema volatilidad

de los mercados financieros y orientara el interés del inversor hacia operaciones de largo plazo, en lugar de acciones especulativas de corto plazo que generan inquietud permanente, y que no pueden ser previstas oportunamente ni contrarrestadas eficazmente. En este punto sigue a KEYNES<sup>17</sup>, quien señaló que permitir la especulación es tanto como equiparar el desarrollo del capital de un país con las actividades de un casino, y demostró la importancia de los impuestos sobre las operaciones de bolsa para reducir los efectos de las actividades especulativas.

El problema de la sugerencia de TOBIN es que, como ya se dijo, ese impuesto tendría que ser adoptado por todos los países. Con esta conclusión coincide LAFONTAINE<sup>18</sup>, para quien, mientras no existan reglas de carácter “global”, debería haber al menos acuerdos con el seno del G-7 (grupo integrado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón). TOBIN también ha manifestado que la coordinación para aplicar el impuesto podría estar a cargo del Fondo Monetario Internacional.

Como resulta natural, las posibilidades del impuesto TOBIN disminuyen en la proporción misma en que un acuerdo de esa magnitud no parece interesar a los países cuyas economías se ven más favorecidas por las actividades especulativas de sus nacionales. Empero, y aquí aparece un nuevo factor de interés, la experiencia reciente indica que también las economías poderosas resienten los efectos de las sacudidas que proceden de las economías menores.

En un artículo periodístico, TOBIN<sup>19</sup> afirmó que la austeridad «que hoy día es la defensa más usada contra la inestabilidad monetaria, no es el principal ingrediente para resolver las crisis económicas nacionales e internacionales; muchas veces ni siquiera es constructiva». E insistió en que «los paí-

ses pequeños necesitan poner obstáculos frente a movimientos indeseados de inversión y retirada de fondos de su moneda», para lo cual «la protección contra una globalización financiera extrema es esencial para mantener una política económica sólida».

En realidad, como ha demostrado LEUTWILER<sup>20</sup>, incluso economías muy consistentes, como la suiza, resisten los efectos de la falta de regulación de los movimientos intempestivos de capital. Ni siquiera Estados Unidos, cuya economía se reconoce como la más poderosa del mundo, escapa a los efectos negativos de los movimientos incontrolados de capital. MINC<sup>21</sup> ofrece evidencias de que en ese país los efectos los absorbe el salario de los trabajadores. Según sus cifras, el poder de compra del obrero estadounidense en 1990 era similar al de 1960. De alguna forma esta situación confirma la hipótesis de IANNI<sup>22</sup> en el sentido de que a la postre los movimientos incontrolados de capital dejan sentir sus efectos adversos en el salario de los trabajadores.

PAUL KRUGMAN<sup>23</sup> coincide con los puntos de vista de TOBIN. Otro tanto ocurre con GEORGE SOROS<sup>24</sup>, quien en 1997, a la luz de las experiencias mexicana y brasileña, propuso la creación de una corporación internacional para asegurar el crédito, que procuraría reducir la extrema volatilidad financiera internacional. Un año más tarde ANTHONY GIDDENS<sup>25</sup> también se pronunció sobre este tema, e hizo suyas las tesis de TOBIN y de SOROS. «Tenemos que buscar medios, dijo, para reducir adecuadamente los movimientos financieros internacionales, y que la huida de capitales y el pánico que produce, sean atenuados».

GIDDENS reconoce que grandes cantidades de recursos pueden ser atraídas por un país o una región, y de manera casi instantánea pueden generar movimientos bruscos

que afecten muy seriamente a otros países o regiones. Este fenómeno sugiere la necesidad de introducir medidas reguladoras de los flujos de capital, que se pueden alcanzar con disposiciones nacionales e internacionales. Es aquí donde el sociólogo británico expresa su adhesión a la idea de SOROS, de una corporación internacional, y al impuesto TOBIN. Los ingresos derivados de este impuesto pueden favorecer acciones de redistribución del ingreso por parte de los gobiernos nacionales. «No será fácil establecer este sistema», reconoce, pero sus ventajas son inequívocas.

Podría pensarse que el tema de los flujos financieros internacionales es del dominio reservado de la economía; pero no es así. Se trata de un asunto central de la política y, por consiguiente, del derecho. De la política, porque a ella incumbe prevenir y resolver los problemas que afectan la vida social; del derecho, porque le concierne proveer las fórmulas adecuadas para la acción política dentro del orden constitucional.

ENRIQUE IGLESIAS<sup>26</sup> ha reconocido que la volatilidad de los mercados en América Latina implica un riesgo permanente que no ha podido ser superado. Aboga, para conjurarlo, por entendimientos de naturaleza regional. Se trata de una propuesta estratégica que, en todo caso, tendría que traducirse en esquemas normativos de nuevo cuño.

Algunos sistemas financieros que contienen soluciones para los problemas de la volatilidad de los mercados que apoyan en preceptos contenidos en leyes, otros en normas constitucionales. Entre los primeros figura Chile, que por ley fija los requisitos de reservas suplementarias para los depósitos extranjeros<sup>27</sup>. Otros países ya han adoptado, o están discutiendo, mecanismos análogos que figuren en el texto constitucional.

Una disposición que resulta de gran interés técnico y político es la contenida por la Constitución Portuguesa, cuyo artículo 87 señala que la ley «disciplinará la actividad económica y las inversiones por parte de personas individuales o colectivas extranjeras, con el objeto de asegurar su contribución al desarrollo del país, y defender la independencia nacional y los intereses de los trabajadores». La importancia técnica consiste en que, no obstante que Portugal forma parte de la Unión Europea y ha adoptado el euro, hace valer su soberanía en el ámbito de las inversiones extranjeras. No se trata, por ende de cuestiones excluyentes. En cuanto a lo político, sobresale la preocupación por proteger a la clase trabajadora.

En nuestro hemisferio, además del caso chileno pueden mencionarse los de Brasil, Colombia, Honduras y Venezuela. Las constituciones de esos países hacen referencia al problema de la inversión extranjera, si bien con importantes diferencias. La Constitución de Brasil dispone (art. 172): «la ley disciplinará, con base en el interés nacional, las inversiones de capital extranjero, estimulará la reinversión y regulará la remisión de ganancias». En el caso de Colombia, la Constitución sólo contiene normas de habilitación (arts. 150 d, y 335) para que el legislador ordinario adopte las medidas que estime necesarias para regular las inversiones en general. La Constitución de honduras (reformada en 1995) es un poco más precisa (art. 336): «la inversión extranjera será autorizada, registrada y supervisada por el Estado». En el caso de Venezuela, el Constituyente adoptó en 1999 un simple enunciado retórico (art. 320): «El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social».

La pregunta que surge luego de leer lo que disponen los ordenamientos de Brasil, Colombia, Honduras y Venezuela es por qué no han producido el objetivo deseado. Este problema se plantea, sobre todo, en el caso brasileño. La respuesta no es sencilla, porque la norma señala un deber ser, y en este caso su no aplicación depende de múltiples factores, uno de ellos que el tamaño de la presión financiera internacional es superior a la capacidad de decisión y acción de un Estado individualmente considerado. En Chile y en Portugal los mecanismos han funcionado porque, entre otras cosas, el monto de la inversión extranjera no hace que sus economías sean tan vulnerables como la brasileña.

Otro factor que ha impedido que las normas produzcan los efectos esperados es la falta de adecuación institucional. Cuando la formulación de disposiciones jurídicas no va acompañada de una organización institucional eficaz, los preceptos devienen en postulados estrictamente semánticos.

La elaboración de normas constitucionales que ofrecen las bases para regular los flujos financieros internacionales comenzó hace más de cinco lustros, y apenas se ha abierto paso en unos cuantos sistemas. Los fracasos financieros y las fallas institucionales que han padecido varios países latinoamericanos, y la amenaza de fluctuaciones que de manera permanente se cierne sobre ellos, debe llevarnos a la conclusión de que es necesario asociar el esfuerzo de tantos estados como sea posible para regular los movimientos de capital especulativo, adoptando medidas internas e internacionales.

### 3. LA FORMACIÓN DE UN “ESTADO INTANGIBLE”

La mundialización plantea considerables problemas para los sistemas constitucio-

nales. GIDDENS<sup>28</sup> identifica la mundialización como una «acción a distancia», para subrayar la separación existente entre los centros de decisión y los de aplicación de esas decisiones. Este fenómeno tiene repercusiones en el diseño y en el funcionamiento de las instituciones. En otros estudios he sostenido que el constitucionalismo corresponde a un proceso de racionalización del poder del Estado, del que es consubstancial. En esos términos, que una parte del Estado se conduzca conforme a los principios del derecho público, y otra conforme al derecho privado; y que un segmento de la vida se rija por decisiones internas y otra por decisiones externas de origen impreciso, es contrario al constitucionalismo moderno, pero no es ajeno a una serie de comportamientos que cíclicamente afectan la vida del Estado.

Lo que se está produciendo en buena parte de los casos de transferencia de funciones al sector privado no es la desaparición del Estado, ni su empequeñecimiento, sino simplemente la modificación del régimen legal que regula una parte de la actividad del Estado. La caracterización de lo público como supuesto constitucional es un viejo principio que suele tener periodos de cuestionamiento. Hay en esto un síntoma de la entropía que afecta a toda organización en algún momento.

Diversas actividades del Estado siguen regidas por el orden constitucional, mientras que otras lo son por el orden civil. Se trata, con matices por supuesto, de una especie de convivencia de dos formas de exteriorización del Estado: una, del Estado constitucional, y otra, del preconstitucional. Podemos denominar a una de sus apariencias como *Estado tangible*, cuya integración, organización y funciones son objeto de formación constitucional; y a la segunda de sus personificaciones, *Estado intan-*

*gible*, cuya integración, organización y funciones están sujetas a una regulación privada, o incluso tienden a prescindir de una regulación formal. En esta dimensión del fenómeno estatal habrá que distinguir lo que hasta ahora hemos estudiado como teoría general del Estado, de lo que podrá ser una teoría particular del Estado.

Los efectos del Estado intangible se irán haciendo ostensibles paulatinamente. Una de sus varias consecuencias podrá ser la existencia de una doble fiscalidad. Por un lado, subsistirá la fiscalidad constitucional, de base esencialmente proporcional, y de otro irá configurándose una especie de fiscalidad mercantil, de base eminentemente progresiva: numerosos servicios públicos se recibirán a cambio de una contraprestación directa e igual en todos los casos para todas las personas, con fundamento en un sistema contractual basado en la adhesión a cláusulas no negociables. Además, el objetivo tributario de la distribución de la riqueza estará acompañado y parcialmente neutralizado por el objetivo paratributario de la concentración de la riqueza; en tanto que el Estado tangible opera con normas de interés y orden públicos, el Estado intangible funciona con normas de competencia y lucro.

El proceso de transferencia de las funciones del Estado se advierte en diversas áreas<sup>29</sup>. A manera de ejemplo podemos señalar que los proyectos normativos de los gobiernos y congresos están siendo encomendados, cada vez en mayor medida, a expertos que prestan servicios profesionales y a agencias privadas especializadas. Así como la administración substituyó parcialmente en la actividad legislativa a los congresos y parlamentos, ahora los particulares desplazan a la burocracia en la formulación de los proyectos. Y lo hacen como una actividad técnica y como parte de un

acuadramiento político. Se trata, en rigor, de una actividad cuasiestatal no controlada. De ahí que este fenómeno corresponda a lo que llamamos Estado intangible.

El Estado intangible no es sujeto de control político excepto a través de las grandes líneas que contienen las leyes marco, y de las acciones intermedias que figuran en las normas de naturaleza administrativa. Sin embargo, incluso en la formación de esas disposiciones, la intervención del sector privado es muy considerable. El Estado intangible solo queda sujeto al control jurídico que ejercen los tribunales, lo que contribuye a la importancia política creciente de estos órganos del Estado.

Debe aclararse, en este punto, que estamos refiriéndonos al Estado intangible como un constructor, esto es, como una representación o hipótesis de trabajo. No se trata, evidentemente, de confundir categorías jurídicas y políticas, sino solo de aludir a un problema que se yergue ante los controles políticos y su posibilidad real de iniciar en diversas áreas que paulatinamente han ido saliendo de su esfera de su competencia.

El costo al Estado no se traduce solo en paulatino desmantelamiento de sus funciones públicas; también se están viendo sometidos al asedio sus principios básicos: la soberanía que lo legitima y el derecho a través del cual actúa. La erosión del concepto de soberanía se ha acentuado por dos vías: la transferencia gradual de algunas facultades sin control al ámbito internacional, y el surgimiento de diversos organismos públicos con vocación privada, también ajenos a los controles políticos, como la Organización Mundial del Comercio, que toman decisiones vinculantes para los Estados.

Cuando se habla convencionalmente de un “Estado supranacional”, o de “gobier-

no cosmopolita”, yendo más allá de la sola cooperación internacional u aun de la integración regional, como hace HELD<sup>30</sup>, no se advierte que se incida en una contradicción. Cualquiera que sea la concepción de Estado que se adopte, siempre se encontrará que uno de sus elementos es la soberanía. Esto hace que, por el momento, teóricamente sea impensable un Estado supranacional, porque es imposible que coincidan a la vez dos estados soberanos superpuestos. Por definición, uno de los dos no puede ser soberano, y por ende uno de los dos no es Estado.

La soberanía no excluye la cooperación internacional ni la posibilidad de construir organismos supranacionales; el problema surge cuando las nuevas instituciones cobran vida autónoma y se substraen a los controles políticos de los órganos de representación. La falta de controles sobre las asambleas internacionales y sobre los órganos ejecutivos colegiados supranacionales constituye un riesgo para la tutela de las libertades en el ámbito de cada sociedad nacional. En este sentido no hay diferencia alguna con las consecuencias de relajar los controles en el ámbito interno. Todo poder no controlado es una amenaza inminente para las libertades, y es una verdadera paradoja que al socaire de la libertad del mercado se pongan en riesgo el mercado libre y el conjunto de libertades que el constitucionalismo consagra y garantiza.

El fenómeno del Estado intangible que tiene una remota filiación medieval y que advierte sobre la posibilidad de una nueva dimensión corporativa. La fuerza de las corporaciones se deja sentir en las estructuras jurídicas nacionales e internacionales. No hay estados jurídicamente supraordinados con relación a otros estados, porque un Estado que se considere subalterno de otro en rigor no es Estado; pero lo que paradójica-



mente no altera la naturaleza formal del Estado es la subordinación de facto a las corporaciones. En tanto que las corporaciones no están investidas de las atribuciones propias de la soberanía, no limitan la apariencia formal de los estados. El concepto de soberanía está relacionado con las funciones de creación y aplicación del derecho, y con el ejercicio legítimo del poder coactivo. El poder corporativo a través del cual actúa el Estado intangible utiliza instrumentos laterales para impulsar la creación, modificación y derogación de normas, y cuenta con representantes vicarios elegidos o designados conforme a los procesos de legitimación establecidos constitucionalmente. En este caso no se trata de los intereses de clase, desde una perspectiva marxista del derecho y del Estado, sino de una serie de mecanismos de control sobre las instituciones y sobre los sistemas electorales que permiten ungir con el poder político y las atribuciones constitucionales a quienes de manera clara y directa sirven a los intereses privados. La dilución de lo público y de lo privado se presenta ya sin mistificación alguna<sup>31</sup>.

Los organismos internacionales y las corporaciones transnacionales contemporáneas se diferencian de la organización estamental medieval en cuanto a que en ésta se producían superposiciones, mientras que en la actualidad los poderes público y privado guardan entre sí una posición lateral. La paradoja consiste en que el presunto “empequeñecimiento” del Estado no significa realmente que el Estado en general se reduzca; solamente lo hace el aparato público, con lo cual los obstáculos (incluidos los controles) para el desarrollo del Estado intangible son menores. Aunque prevalezca el discurso minimalista del Estado, en realidad ha crecido la concentración del poder a partir de que las corporaciones absorben

de manera directa algunas tareas tradicionalmente reservadas al Estado, y otras las ejercen a través de funcionarios vicarios.

De manera imperceptible, el poder estatal ha crecido de una manera exponencial, con el agravante de que lo ha hecho al margen de los instrumentos tradicionales de control político. Las manifestaciones de un nuevo Estado absoluto están ya a la vista; corresponden a un poder corporativo cuya magnitud no tiene precedentes. Entre otras expresiones de ese poder está el proteccionismo corporativo, que desplaza al proteccionismo de Estado aunque toma de éste muchos de sus procedimientos excluyentes y restrictivos. Las acciones financieras y comerciales combinadas, de las corporaciones transnacionales, suponen una dimensión de poder real que excede la capacidad decisoria de la mayor parte de los estados actualmente existentes, individualmente considerados. Además, en tantos casos como resulta posible, se adoptan decisiones y estrategias para ocupar la titularidad de los órganos del poder mediante funcionarios afines o asociados a los intereses corporativos.

En cuanto al derecho, se tiende a reemplazarlo por la sola conducta. La política posmoderna asuma una actitud inversa a la del positivismo jurídico: si éste soslayó la política, aquella se desentiende del derecho. Las normas jurídicas para prevenir y resolver el conflicto tienden a ser reemplazadas por los consensos políticos. Desde luego que los consensos han sido y siguen siendo importantes; el de mayor trascendencia es la Constitución misma, que traduce un consenso nacional. Pero sujetar toda la actividad política a los acuerdos, equivale a privar a la sociedad de los atributos centrales del derecho público: su permanencia, su publicidad y su exigibilidad. Los acuerdos, en cambio, son volátiles, no siem-

pre resultan públicos y normalmente no son exigibles por terceros.

Al sustituir la idea de legitimidad por la de eficiencia de las instituciones, se construye un sistema político semejante al pre-revolucionario. El fundamento racional del origen y del acatamiento del poder desaparece, y queda sólo la capacidad operativa, fáctica, del ejercicio del poder. La diferencia entre la democracia consociativa y el absolutismo reside en el mayor número de agentes políticos que intervienen en la primera, pero no necesariamente en la conducta que resulta del ejercicio del poder.

Uno de los problemas que suscita la idea del Estado intangible se refiere a la normatividad o nominalidad de la Constitución. En principio parecería que, al desmembrarse el ejercicio del poder estatal, la Constitución pasaría a la pura nominalidad. Esto no necesariamente es así. Los términos de la Constitución pueden seguirse observando sin que formal ni materialmente se interrumpa la vida normativa de la Constitución, en tanto que se siga cumpliendo con los presupuestos del constitucionalismo moderno.

Esos presupuestos son, conforme a la tesis de PEDRO DE VEGA<sup>32</sup>, el principio democrático, según el cual el pueblo establece la Constitución; el principio liberal, que impide al poder constituido actuar en contra del pueblo; y el principio de supremacía constitucional, que comprende las garantías frente a las posibles arbitrariedades del poder. El Estado intangible no afecta formalmente ninguna de esas categorías.

El problema surge de que, mientras la Constitución provee los instrumentos de control para tutelar la observancia de los tres principios, no contiene ninguno que controle el funcionamiento del poder paralelo. Más aún: la tesis constitucionalista en el sentido de que la sociedad supervise a los poderes públicos, tiende a inhibir que

éstos controlen a los poderes privados. La táctica de estimular una amplia presión social sobre los órganos del poder se ha traducido en una parcial retracción de éstos; que deja un amplio territorio de discrecionalidad a la acción del Estado intangible.

La reducción del Estado ha supuesto una estrategia amplia: desmantelamiento burocrático (disminución de oficinas y empleados públicos); desmantelamiento regulatorio (disminución del aparato normativo por una doble vía: menos normas, y menos procesos sociales normados); desmantelamiento económico (disminución de la participación en la actividad económica por una triple vía: transferencia de las empresas públicas, sujeción a las leyes del mercado en lo interno y en lo externo, y automatización de la banca central); desmantelamiento del sistema representativo (erosión de las instituciones por desprestigio; manipulación de la opinión pública; reducción de las áreas de acción legislativa).

El Estado intangible no se confunde con los grupos de presión o de interés. No se trata de influir o condicionar las decisiones del poder político, sino de adoptar directamente esas decisiones. Es un poder sin legitimidad. Un buen ejemplo lo ofrece el inversor internacional GEORGE SOROS<sup>33</sup> quien no duda en afirmar que a través de las fundaciones que sostiene en los países de Europa del este promueve las bases de una sociedad abierta «cuyo impacto total se sentirá en el futuro». Tampoco tuvo escrúpulos para declarar que después de haber realizado una maniobra financiera para excluir la libra esterlina del sistema monetario europeo, no haría lo mismo con el franco francés, «porque me preocupa el futuro de Europa y no quiero contribuir a su inestabilidad»<sup>34</sup>. Así, un poderoso empresario declaró que, por su exclusiva decisión, se abstuvo de desestabilizar no a un país sino

a Europa entera. Frente a este tipo de expresiones de poder no se cuenta todavía con instrumentos de control. La respuesta institucional va a la zaga de la realidad del poder, cuyos niveles de concentración y de discrecionalidad resultan muy elevados.

En otro ámbito, cuando el Estado advirtió que se estaba dando un proceso de descolocación de la política, reaccionó incorporando a los partidos del orden constitucional. Esta tendencia, particularmente acentuada después de la segunda posguerra, permitió absorber las contradicciones de un poder fáctico que condicionaba las decisiones del poder normado. La constitucionalización de los partidos políticos obedeció a una estrategia de racionalización del poder consistente en someter a las reglas del derecho a las organizaciones políticas que operaban sólo conforme a las reglas del mercado político. Los partidos, regulados, dejaron de simbolizar una amenaza para la democracia constitucional, y se convirtieron en parte de ella. Por polémica que todavía sea su participación en los órganos del poder, no se duda de que hoy son el eje de la política en las sociedades abiertas.

Con el poder privado está ocurriendo algo totalmente distinto a lo que sucedía con los partidos sólo podían consolidarse si actuaban abiertamente, mientras que el poder privado sólo pueda alcanzar sus objetivos si lo hace secretamente, los partidos exigían una cuota en el ejercicio del poder públicamente reconocida, en tanto que los poderes privados demandan también esa parte pero en términos encubiertos, los partidos utilizaron el instrumento de la representación para aumentar la magnitud de su influencia, mientras que los poderes privados se ven obstaculizados por esa idea de representación.

Es previsible que ese proceso lleve ensanchamiento de las atribuciones de control congresual sobre el poder privado. Hasta

ahora los tenues elementos de control sobre ese poder se han mantenido en la esfera del derecho administrativo. Los grandes procesos de desincorporación de empresas públicas y la creciente participación del poder privado en la prestación de servicios públicos permanecen reducidos a las esfera administrativa de permisos y concesiones, y sólo la administración ejerce, a veces de manera más que discreta, actos de supervisión y control.

Así como la constitucionalización de los partidos políticos supuso incorporarlos, a menos parcialmente, a un sistema de controles, es razonable pensar que los congresos y parlamentos asuman progresivamente funciones de control sobre las entidades privadas que ofrecen servicios públicos. No se trata de una expansión del Estado, sino de una forma de tutelar los intereses colectivos, y esto es inequívocamente una tarea que incunbe a los órganos del poder que desempeñan tareas representativas.

Cuando LEIBHOLZ examinó lo que denominó problemas fundamentales de la democracia moderna, concentró su atención en la hipertrofia de los partidos políticos y en su influencia sobre los parlamentos. Al abordar estos problemas, no profundizó en uno que si bien intuyó, no desarrolló: el surgimiento del Estado intangible. LEIBHOLZ<sup>35</sup> señalaba que en la República Federal de Alemania «se prefiere para la administración de patrimonios públicos formas de derecho privado». Al efecto menciono el ejemplo de la empresa automovilística Volkswagen, constituida con capital público pero como fundación de derecho privado con ello agregaba, la empresa «escapa a la contabilidad nacional y, por consiguiente al control del Parlamento».

El ejemplo aportado por LEIBHOLZ es el de una empresa que no ofrece un servicio público, pero si opera con recursos públi-

cos. Es igualmente significativo sustraer al control político el funcionamiento de un ente que opera con recursos públicos, que el de otro que habiendo formado parte del sector público es transferido al privado y continúa ofreciendo servicios públicos.

NEGRI<sup>36</sup> asegura que la privatización de numerosos aspectos que formaban parte de la estructura jurídica y organizativa del Estado moderno se han «reorganizado de un modo nuevo, dependiente de nuevos intereses», y citando al futurólogo italiano FURIO COLOMBO concluye que «ha nacido una autoridad *de facto*» que afecta las instituciones de control. Esa autoridad es un “nuevo centro de poder” que resulta del proceso de erosión, por fracturas o desequilibrios que registran en el ámbito el Estado. GÜNTHER<sup>37</sup> reconoce que este fenómeno se acentúa con motivo de las grandes funciones corporativas, que en ocasiones incluye algunas procedentes del ámbito privado con otras del público que, en el largo plazo, acabará por convertir la libre competencia en una ficción.

LINZ y STEPAN<sup>38</sup> afirman que «sin Estado no hay democracia». En términos semejantes de había expresado, años antes, VEZIO CRISAFULLI<sup>39</sup>: «la crisis de la democracia hodierna culmina en la carencia del poder estatal». Hay, señala este autor, «pluralismo» de los «poderes privados» que erosiona profundamente al poder público. Con estas apreciaciones coincido parcialmente, en tanto que aluden a la decadencia de las potestades propias de las instituciones públicas.

Empero, lo que no puede afirmarse es que las potestades que ejercían esas instituciones hayan caído en el vacío, como se desprende de las tesis neomedievalistas<sup>40</sup>. Esas potestades siguen en un ejercicio que no es público ni controlable, sino críptico y ajeno a los instrumentos constitucionales de control. Como se ha dicho, un seg-

mento de las potestades públicas son objeto de control y otras no. Estas últimas forman parte de los que denominamos el Estado intangible. Intangible es un doble sentido: porque no es fácilmente perceptible, y porque no es “tocable” por los instrumentos de control político del Estado.

Los detentadores del poder intangible auspician el debate ríspido entre los protagonistas de la lucha por el poder abierto, para transformarlos en antagonistas declarados e irreconciliables, y alientan en la ciudadanía la desconfianza hacia la política en general, que luego se orienta hacia las instituciones en particular. Se pretende así deslegitimar a los titulares de las instituciones y a las instituciones mismas, para facilitar al Estado intangible los términos de la negociación con el Estado constitucional. En el orden sociológico habrá que ahondar la investigación para establecer hasta qué punto está surgiendo una cuarta forma de legitimidad: la deslegitimación institucional como fuente de legitimidad de la autoridad intangible.

Es en ese contexto en el que se inscribe el problema de la regulación de los flujos financieros internacionales. KRUGMAN<sup>41</sup> ha demostrado que las economías de “primera clase” mantuvieron controles sobre los flujos de capital incluso después de la segunda Gran Guerra, y que sólo cuando consolidaron su prosperidad se abrieron a la libertad de movimientos de capital, «no al revés». Lo contradictorio es que las providencias normativas que permitieron la consolidación de esas economías han sido inhibidas en las de países más vulnerables.

Los sistemas constitucionales tienen una probada capacidad de adaptación al cambio; una de las notas características del Estado constitucional es su aptitud para procesar los factores que le resultan perjudiciales y para generar las condiciones de

su recuperación. El ordenamiento de la libertad es vulnerable ante las acciones constrictivas de las propias libertades; empero, ese mismo orden resulta funcional para adoptar medidas de salvaguardia, en tanto que se mantengan abiertas las posibilidades de reforma constitucional. Los sistemas constitucionales son autopoéticos porque se nutren de las pulsaciones culturales, con las que interactúan de manera permanente. En estas condiciones la acción del estado intangible erosiona la vida del estado constitucional, pero no la destruye al completo. La capacidad de restituir a las instituciones públicas la plenitud de su vigencia está latente en tanto que lo estén también las normas que le dan sustento formal a esa posibilidad.

Es innegable la fuerza normativa de los hechos, pero mientras la norma se mantenga en vigor y subsista la posibilidad de introducir las reformas que le permitan absorber los efectos disruptivos de esos hechos, en conjunto el sistema constitucional puede seguir funcionando y ofreciendo respuestas razonables para preservar las libertades y reducir las tendencias centrípetas y centrífugas que actúan de manera constante para deformar la organización y el funcionamiento del poder.

El flujo no regulado de capitales es un fenómeno de naturaleza económica, pero requiere de respuestas constitucionales porque está poniendo en riesgo la estabilidad social e institucional del Estado contemporáneo. Ese flujo es una más de las estrategias de concentración de riqueza y, por ende, de desequilibrio en las relaciones sociales; es un nuevo problema para el constitucionalismo porque afecta el amplio y delicado sistema de equilibrios que toda Constitución establece y garantiza. Tal vez todavía no se trate de una cuestión que esté siendo suficientemente advertida por los

agentes políticos, pero es tiempo de ir examinando sus implicaciones y previendo sus soluciones. Después de todo, lo habitual es que muchos problemas sean previstos en los medos académicos antes de ser vistos como temas en los ámbitos de decisión social.

#### 4. PROBLEMAS Y RESPUESTAS

Con relación al problema de los flujos financieros internacionales, los Institutos de Investigaciones Económicas y de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México realizaron un trabajo colectivo<sup>42</sup> en el que la perspectiva jurídica del problema fue examinada por los profesores MARCOS KAPLAN, SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN, JORGE WITKER y el autor de este trabajo. A manera de gran síntesis, MARCOS KAPLAN relaciona los conceptos de Estado y globalización. En cuanto al primero, aborda un problema capital: el de la soberanía; en cuanto al segundo, examina extensamente su significado y repercusiones. Con este marco de referencia analiza los efectos de los flujos financieros internacionales. En su conclusión apunta que la gobernabilidad económica y financiera del mundo puede alcanzarse a través de diversos niveles de acuerdos para regular los movimientos de capital en el mundo; desde los suscritos por los más influyentes Estados nacionales, hasta las políticas de carácter estrictamente nacional. El planteamiento de este autor permite apreciar la amplitud de las posibilidades que se abren para el Estado Contemporáneo y que, desde luego, conducen a su fortalecimiento.

Por su parte, SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN aborda el problema subrayando la paradoja que se produce como resultado de un Estado que

no quiere abdicar de su competencia territorial exclusiva, y de la necesidad de un marco regulatorio de carácter supranacional. Para examinar esa realidad, el autor desarrolla dos tesis. Una, conforme a la cual existe evidencia de que el mercado no tiene capacidad para autorregularse y requiere mecanismos de coordinación que sólo puede proveer el Estado; otra, que la “globalización” no es otra cosa que una nueva formulación de las funciones del Estado. Sobre estas tesis el autor examina los modelos regulatorios y subraya que los flujos de capital exigen una normativa que evite desviaciones susceptibles de destruir el mercado internacional de capitales.

Finalmente, el ensayo de JORGE WITKER se desarrolla desde una triple perspectiva: cómo está regulada la inversión extranjera en el ámbito internacional; qué modalidades recomienda la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico a través del proyecto de acuerdo multilateral de inversiones; y la propia propuesta del autor para un tratado latinoamericano para la promoción y protección de la inversión, que incluye un mecanismo para la solución de controversias. Ese tratado permitiría superar las diferencias que han obstaculizado a varios países del hemisferio la suscripción de acuerdos bilaterales sobre la materia. En cuanto a la solución de controversias con motivo de inversiones extranjeras, sugiere integrar un Centro Latinoamericano de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

En México, en términos generales, el tema ha sido desdeñado por las autoridades políticas del país, es ignorado por el mundo financiero mexicano y no ha sido adecuadamente valorado por los partidos políticos ni por el Congreso. Pese a las graves crisis de las dos últimas décadas del siglo xx, el gobierno mexicano argumentó en contra de la regulación jurídica de los

flujos de capital, para acogerse así, de la misma forma que Corea y otros países con serios problemas económicos, a los lineamientos de los organismos financieros internacionales<sup>43</sup>. Otros países, como Sudáfrica y Singapur, han adoptado una posición intermedia. No obstante que admiten como necesaria la regulación de los flujos de capital, consideran que las medidas que se adopten deben ser de naturaleza internacional y no exclusivas de cada Estado<sup>44</sup>.

La actividad legislativa internacional es muy intensa y hay signos en el sentido de que puede haber un nuevo enfoque relacionado con la regulación de los flujos financieros internacionales; sin embargo es oportuno distinguir dos vertientes del problema: por un lado, reducir la volatilidad de los capitales internacionales y, por otro, imponer gravámenes a las operaciones financieras internacionales. En tanto no se diferencien ambos aspectos, que en muchas ocasiones son vistos como una sola cuestión, será difícil que los gobiernos puedan ser convencidos de dar pasos adelante.

Según se va reconociendo por un número cada vez mayor de expertos, la tasa TOBIN tiene muchas ventajas que hacen recomendable su adaptación. Sin embargo, como también se observa, debe corresponder a una decisión de magnitud internacional. En cambio la regulación interna de cada Estado, tal como se ha hecho en Chile y como permiten ya algunos ordenamientos constitucionales, es tan recomendable como posible.

El problema constitucional de adoptar medidas como las vigentes en Chile tendrá que examinarse caso por caso, para no generar situaciones imprevistas que se tengan que resolver mediante la interpretación judicial. En el caso mexicano, por ejemplo, el artículo 25 constitucional dispone que «corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que esta sea

integral y sustentable, que favorezca la soberanía nacional [...] El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés nacional en el marco de libertades que otorga esta Constitución». Con base en este y otros preceptos, en México podría adoptarse una serie de medidas análogas a las vigentes en Chile; pero también con fundamento en esa disposición sería posible alegar que cualquier restricción legal a la libertad de movimiento de los capitales afecta «las libertades que otorga esta Constitución». De suscitarse un diferendo de esa índole, es más que probable que habría argumentos sólidos para persuadir a los tribunales federales de la constitucionalidad de la eventual restricción a la velocidad de movimientos de los capitales externos, pero de cualquier forma sería un asunto de abrir un espacio para la polémica y el litigio constitucional.

Por otra parte también se advierte que en términos generales las inversiones extranjeras no temen a la regulación, sino a la falta de reglas y a la consiguiente arbitrariedad. En tanto que ciertas disposiciones, como es el caso de la que aquí se está considerando, se inscriba en la ley suprema, cuya enmienda requiere de acuerdos políticos muy amplios, los destinatarios de la norma se sentirán más seguros de su situación y no se verán inclinados a adoptar posiciones contenciosas cuando, con motivo de una crisis, deseen retirar súbitamente sus inversiones.

En cuanto al tema impositivo conocido como tasa TOBIN, se trata de una materia que debe ser considerada en los foros internacionales. Hasta ahora ha sido objeto de gestiones aisladas, con intensidad regular, y ha contado con algunas expresiones de apoyo por parte de grupos que impugnan

las políticas económicas de la mundialización. Con relación a las protestas violentas que han protagonizado algunos grupos en diversas partes del orbe, invocando la necesidad de adoptar el impuesto TOBIN, éste profesor se ha desmarcado públicamente e incluso ha llegado a lamentar que su idea sirva como bandera a organizaciones con cuyos métodos de presión no concuerda.

El gobierno de Brasil ha planteado desde hace varios años la necesidad de adoptar la tasa TOBIN<sup>45</sup>. Lo hizo en octubre de 1998, en la cumbre iberoamericana celebrada en Portugal; lo reiteró en la sesión del Grupo de Río, llevada a cabo en México en mayo de 1999; y lo refrendó en la reunión de jefes de Estado y de Gobierno que se celebró en junio de ese mismo año en Río de Janeiro. Los 48 países que participaron en esta última junta suscribieron la Declaración de Río de Janeiro en la que fue incluida la concerniente a disminuir los riesgos de la volatilidad de las inversiones extranjeras y se acordó iniciar consultas en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas para adoptar una solución global. Nada ha ocurrido desde entonces, excepto que dos influyentes gobiernos europeos que coincidían con el planteamiento han variado su posición: el de Francia, donde la ciudadanía cambió al gobierno, y el de Alemania, donde el gobierno cambió de agenda.

Lo que claramente le ha faltado a esa iniciativa es el compromiso de países afines, para que la adopten y la presenten como un proyecto común. Esos países deben ser los que componen América Latina. Todos los países del hemisferio han sufrido, o están expuestos a padecer, los efectos de la volatilidad de los capitales internacionales y la intransigencia de las organizaciones financieras internacionales, que en casos como el de Argentina se mostraron infranquea-

bles; todos están así mismo interesados en un magno acuerdo comercial que comprenda a todo el continente. Es, por lo mismo, muy oportuno que la demanda de la tasa de TOBIN surja como una propuesta articulada por el área geográfica del mundo que mayores perjuicios ha resentido con motivo de las crisis financieras internacionales<sup>46</sup>.

Los países latinoamericanos viven un difícil proceso de altibajas en su desarrollo económico, sujeto a las presiones de organizaciones, de corporaciones y de gobiernos extranjeros. Es una amenaza múltiple que se cierne sobre estructuras económicamente débiles. La respuesta debe ser inteligente y eficaz para evitar el enfrentamiento y, a la vez, para construir un andamiaje institucional capaz de ofrecer el soporte que asegure un desarrollo económico sólido, duradero y equitativo. Aunque en el ámbito de la política tiende a omitirse, el argumento central del Estado tiene que seguir siendo el de la soberanía. Las tesis de la globalización han hecho mella en los discursos político y jurídico contemporáneos, y pasivamente se aceptan algunas afirmaciones absurdas, como la del gobierno mundial sostenida por HELD.

El constitucionalismo contemporáneo se sustenta en dos grandes principios: el de soberanía y el del contrato social. Sin el primero desaparecería la justificación teórica para el ejercicio coactivo del poder, y sin el segundo se carecería de la base doctrinaria de la libertad. Son, por ende, cuestiones esenciales para la vida colectiva y para la organización política de las sociedades. Los esfuerzos por demostrar que la soberanía es un principio caduco o que puede ser “acotada”, no se enfrentan a la realidad, sino simplemente desafían a la lógica. Por definición la soberanía alude a lo que no tiene superior; si se aceptaran las tesis limitativas de la soberanía, impulsadas por una parte de

la doctrina de la globalización, se estaría ante el absurdo de que hay un poder que es superior, “pero no mucho”; y como ese ente “superior limitado” se encontraría sujeto a otro que le excedería en poder, lo único que en realidad se habría producido sería la transferencia del poder de un Estado a otro. No es, por ende, una cuestión que tenga que ver con la soberanía del Estado, en general, sino con la soberanía de algunos estados, en particular. El problema se concreta en saber si, andando el tiempo y avanzando la globalización, todos los estados soberanos actualmente existentes lo seguirán siendo.

En principio, los indicadores disponibles señalan una tendencia negativa para la vigencia de la soberanía de un número indeterminado de estados. Se ha visto, por ejemplo, que en el caso de la guerra en contra de Irak no se tuvo el menor cuidado en atender la cuestión de la soberanía. En otros casos de guerra de conquista se aducía que ene. Territorio invadido había cesado de existir el Estado y por lo mismo no había un ente soberano que respetar. La supuesta cesación de la naturaleza jurídica y política de Estado se atribuía a múltiples factores: anarquía, ruptura del orden jurídico interior o desacato del orden jurídico internacional, como la falta de cumplimiento en el pago de la deuda, por ejemplo. Esos solían ser algunos de los principios pretextos invocados, con los que incluso se victimó a muchos estados latinoamericanos. Pero en el caso de Irak el argumento no fue la pérdida de la naturaleza de Estado irakí, sino el derecho de un supuesto Estado superior, el norteamericano. En esencia, esa guerra fue el primer acto histórico de aplicación de los principios de la globalización en materia de soberanía, conforme a los cuales unos estados están por encima de otros.

La construcción del Estado soberano como ente de derecho internacional culminó



con la Paz de Westfalia, en 1648. A partir de entonces y hasta 2003 se trató de un principio universal de derecho. En 2003 se produjo una violación al principio de la soberanía de los estados que incluso las potencias coloniales habían tenido el escrúpulo de respetar a lo largo de los siglos XVIII, XIX, y XX. En tanto que el régimen irakí violaba sistemáticamente derechos fundamentales y, por eso mismo, era ajeno al constitucionalismo, los abogados de las guerras de expansión hubieran podido encontrar, en el caudal de argumentos acuñados por las potencias coloniales, algunos elementos que ofrecieran una apariencia de legalidad a la invasión. Pero este no fue el caso; se prefirió actuar con la mayor desenvoltura posible y dejar establecidas las bases de una nueva realidad internacional, derogatoria de lo alcanzado mediante el tratado de Westfalia.

Esa experiencia debe leerse con gran atención, porque hace previsible posibles futuras acciones. Las bases jurídicas de la intervención ya no se reportan ficticiamente a circunstancias interiores del Estado afectado, sino a razones de interés superior del Estado actor. Es un giro copernicano que puede quedar como un episodio aislado, como un acto de insania transitoria; pero también puede ser el inicio de una nueva era en la que se pretenda subordinar la voluntad de los estados débiles a la de los estados fuertes, con lo cual se destruirá la idea de soberanía y de su correlato, del contrato social. La magnitud de los riesgos es de una dimensión superior a la que puede resolver cualquier Estado por sí solo. La vocación asociativa de los estados se transformará en una necesidad de sobrevivencia. Más allá de las afinidades que podrían alertar la posibilidad de unidad latinoamericana, lo que resulta claro, a la luz de las experiencias actuales, es que la unidad del mayor núme-

ro posible de Estados se vuelve una condición para la subsistencia de cada Estado.

En ese sentido es oportuno encontrar los elementos que puedan servir como catalizador eficaz para establecer ese sistema colectivo de cooperación. Debe tenerse especial cuidado en cuanto que existen dos factores indispensables en la construcción de todo orden jurídico: el principio democrático y el principio liberal; son los que corresponden a la aguda distinción establecida por BENJAMÍN CONSTANT cuando aludió al concepto de libertad de los antiguos y de los modernos. El principio democrático atiende a las formas de acceso y ejercicio del poder y el principio liberal concierne a las formas de relación entre los titulares y los destinatarios del poder. Este tema, que ha sido explorado de manera brillante por PEDRO DE VEGA<sup>47</sup>, es esencial en la configuración de un orden constitucional que resuelva los nudos de una relación conflictiva entre la idea de comunidad estatal soberana y de interrelación económica global. Si se parte del reconocimiento de que los factores democrático y liberal son determinantes en el diseño y operación de las instituciones constitucionales, podría también considerarse que la identificación de un mecanismo que resguarde a América Latina de los vaivenes financieros internacionales no tiene por qué aguardar hasta la celebración de un acuerdo multicontinental. Toda vez que se trata de la región más afectada del planeta por la volatilidad financiera, bien podría estructurar su propia red normativa<sup>48</sup> para prevenir las fluctuaciones que tantos daños ocasionan, sin contravenir las normas fundamentales de un Estado constitucional. En este punto los intereses del inversor extranjero coinciden con los del ciudadano local, en cuanto a contar con garantías para sus derechos. Por el contrario, los sistemas de excepción que ofrecen márgenes convencionales de

garantía a los inversores, en detrimento de las reglas de equidad vigentes en cada Estado, pueden generar distorsiones que resulten inconvenientes incluso para quienes sostienen una posición radical en materia de libertades de mercado.

#### DIEGO VALADÉS

Director, Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Miembro del Sistema Nacional de Investigaciones de México.

1. Las tesis del equilibrio del poder, sustentadas por LOCKE y MONTESQUIEU, tienen semejanza con el pensamiento newtoniano del equilibrio. En cuanto a ADAM SMITH, se ha señalado que la idea de la división del trabajo le fue sugerida por la lectura de La fábula de las abejas, de BERNARD MANDEVILLE, de quien se ocupa de manera muy extensa en la teoría de los sentimientos morales (vii, ii, 4). En este caso, aunque no lo hayan conocido MANDEVILLE ni SMITH, en España, el siglo XVI, DIEGO DE GAYANGOS había identificado el paralelismo entre las sociedades de las abejas y de los hombres, en cuatro principios: prudencia, conocimiento, constancia y obediencia (*Tratado de república*, 1521): «del trabajo de todas se mantienen todas y entre sí hacen tal concierto que las unas traen los mantenimientos, las otras andan por los campos y las otras dentro de las casas...» Los antecedentes más remotos sobre este punto, sin embargo, lo ofrecen VIRGILIO (*Georgias*, iv, 176 y ss.), quien describía las ventajas de que cada abeja desempeñara su oficio, y CICERÓN (*De Officiis*, i, 157), quien apuntaba las semejanzas entre la organización de las abejas y la sociedad.

2. Véase, por ejemplo, FRANCIS FUKUYAMA. *Trust*. New York: Simon and Schuster, 1995. En esta obra aborda, entre otras cuestiones, la «división global del trabajo», y subraya la trascendencia que tiene en todas las operaciones productivas la relación de confianza.

3. Cfr. R. F. HARROD. *La vida de John Maynard Keynes*, México: FCE, 1958, p. 475.

4. *Ibid.*, p. 605.

5. JOSEPH STIGLITZ. *El malestar de la globalización*. Madrid: Taurus, 2002, esp. pp. 49 y ss.

6. Cfr. NIALL FERGUSON. *The cash nexus*. New York: Basic Books, 2001, pp. 19 y ss. y 337 y ss.

7. *The Economist*, Editorial, mayo 5, 2003.

8. Este tema ha sido ampliamente explorado por

OCTAVIO IANNI en *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilizacao Brasileira, 1992, y en *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilizacao Brasileira, 1997.

9. THOMAS L. FRIEDMAN. *The Lexus and the Olive Tree*, New York: Anchor Books, 2000, p. 237.

10. JOHN KENETH GALBRAITH. *A Short History of Financial Euphoria*. New York: Whittle Books, 1993, pp. 7 y ss.

11. ALVIN H. HANSEN. "Views", en: VARIOS. *Internacional financial stabilization symposium*. New York: Irving Trust Co., 1944, pp. 19 y ss. E. A. GOLDENWIESES. "A review of the Bretton Woods Agreements", en: VARIOS. *International Financial Stabilization symposium*, cit., pp. 105 y ss.

12. JAMES TOBIN. *Essays in Economics. Nacional and Internacional*. Cambridge: The MIT Press, 1996, p. 643.

13. *Idem*, pp. 654 y ss.

14. OSCAR LAFONATINE y CHRISTA MÜLLER. *No hay que tener miedo a la globalización*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1998, p. 74. Véase también el sugerente estudio de CLÓVIS BRIGAGAO y GILBERTO RODRIGUES. *Globalizaçao a olho um*. São Paulo: Editora Moderna, 2002, pp. 67 y ss.

15. NIALL FERGUSSON. *The cash nexus*. New York: Basic Books, 2001, pp. 261 y ss. Otras cifras que aporta son igualmente indicativas de la magnitud de los movimientos financieros internacionales: el mercado mundial de bonos gubernamentales en 1982 tenía un monto de 4 trillones de dólares; quince años después ascendía a 25 trillones y al finalizar 1999 había subido a 34 trillones. Ese mismo año el producto mundial total fue de 30 trillones.

16. *Ob. cit.*, p. 657.

17. JOHN M. KEYNES. *The general theory of employment, interest and money*. Londres: Macmillan, 1964, pp. 159 y ss.

18. O. LAFONTAINE. *Ob. cit.*, p. 79.

19. *El País*, noviembre 12 de 1998.

20. FRITZ LEUTWILER. "Monetary Policy and Capital Movements: The Experience of Switzerland", en: WOLFRAM ENGELS. *International Capital Movements, Debt and Monetary System*. Berlin: Hase & Koehler, 1984, pp. 275 y ss.

21. ALAIN MINC. *La mondialisation hereuse*. París: Plon, 1997, pp. 40 y ss.

22. OCTAVIO IANNI. *A era do globalismo*, cit., p. 142; *A sociedade global*, cit., p. 55.

23. PAUL KRUGMAN. *Pop Internationalism*. Cambridge: The MIT Press, 1999, p. 90.

24. GEORGE SOROS. *The Crisis of Global Capitalism*. New York: Public Affairs, 1998, pp. 177 y ss.

25. ANTHONY GIDDENS. *Making Sense of Modernity*. Oxford: Polity Press, 1998, pp. 174 y ss.

26. ENRIQUE IGLLESIAS. “Globalización y procesos de integración económica”. *Visión crítica de la globalidad*. México: Centro Latinoamericano de la Globalidad y Centro de Investigación y Docencia Económicas, 1998, pp. 80 y 81.

27. Conforme al Estatuto de Inversiones Extranjeras los capitales invertidos en Chile no pueden ser repatriados sino hasta después de transcurrido un año desde su ingreso al país; los dividendos, en cambio, pueden ser repatriados en cualquier momento, una vez cubiertos los impuestos aplicables. Vide RAFAEL URRIOLA. “Chile’s economic liberalization and control of foreign capital inflow”, en: *Studies on International Financial Architecture*. Bonn: Friedrich Ebert Stiftung, 2000.

28. ANTHONY GIDDENS. *Beyond Left and Right*. Cambridge: Polity Press, 1994, pp. 4 y ss.

29. Véase, por ejemplo, VÍCTOR FLORES OLEA. *Crítica de la globalidad*. México: FCE, 1999, pp. 265 y ss.

30. DAVID HELD. *La democracia y el orden global*. Madrid: Paidós, 1997, p. 183 y ss.

31. Los graves casos de corrupción corporativa que se han producido en Estados Unidos y la relación explícita que existe entre los más altos funcionarios gubernamentales de ese país con poderosas corporaciones, incluyendo las que participan en la industria de armamentos y de energéticos, prueban hasta qué punto se han borrado las fronteras entre lo público y lo privado en algunos estados. Italia ofrece un ejemplo más en esa misma dirección.

32. PEDRO DE VEGA. “Constitución y democracia”, en: A. LÓPEZ PINA (ed.). *La Constitución de la monarquía parlamentaria*. México: FCE, 1985, p. 45.

33. GEORGE SOROS. *Soros on Soros. Staying Ahead of the Curve*. New York: Wiley & Sons, 1995, p. 175.

34. *El País*, 1.º de julio de 1997.

35. GERHARD LEIBHOLZ. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 78.

36. GUGLIELMO NEGRI. *Il quadro costituzionale. Tempi e istituti della libertà*. Milán: Giuffrè, 1995, p. 286.

37. EBERHARD GÜNTHER. “Problems of Control on Company Mergers”. *Studies on Economics and Monetary Problems and on Banking History*. Mainz: Hase & Koehler Verlag, 1988, pp. 371 y ss.

38. JUAN LINZ y ALFRED ESTEPAN. “Hacia la consolidación democrática”. *La política, Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, n.º 2, Barcelona: Paidós, 1996, p. 29.

39. VEZIO CRISAFULLI. *Stato, popolo, governo. Illusioni e disillusioni costituzionali*. Milán: Giuffrè, 1985, p. 223.

40. ALAIN MINC. *La nueva edad media*. Madrid: Temas de Hoy, 1993, pp. 25 y ss.; ANDRÉ-NOËL ROTH. “El derecho de crisis: ¿fin del Estado moderno?”. *Derecho y transición democrática*. Oñate: Instituto Internacional de Sociología del Derecho, 1995, p. 196.

41. PAUL KRUGMAN. *The Return of Depression Economics*. New York: Norton, 1999, pp. 166 y ss.

42. MARCOS KAPLAN e IRMA MANRIQUE CAMPOS. *Regulación de los flujos financieros internacionales*. México: UNAM, 2000.

43. Vide LUIS MIGUEL GALINDO. “The reorganisation of the international financial system: the Mexican perspective”; HYOUNGSOO ZANG. “Proposals for the reform of the international financial architecture: Korea’s perspectives”, en: *Studies on International Financial Architecture*. Bonn: Friedrich Ebert Stiftung, 1999.

44. Cfr. HEIN MARAIS. “South African debates on a new global financial architecture”, y LINDA LOW. “Reforming the global financial architecture: Singapore’s perspectives”, en: *Studies on International Financial Architecture*. Bonn: Friedrich Ebert Stiftung, 1999.

45. Cfr. JOSE CARLOS SOUZA DE BRAGA y MARCOS ANTONIO MACEDO CINTRA. “Brazil’s participation in the reorganization of international finances”, en: *Studies on International Financial Architecture*, Bonn: Friedrich Ebert Stiftung, 1999.

46. Según *The Economist* (mayo 3, 2003), en las dos últimas décadas del siglo XX América Latina resintió pérdidas por 330 mil millones de dólares, Asia por 273 mil millones, África por 33 mil millones y Europa por 11 mil millones.

47. PEDRO DE VEGA. “Mundialización y derecho constitucional: para una palinogenia de la realidad constitucional”, en: *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

48. Sobre este punto, véase JOSÉ EDUARDO FARIA. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

