

## ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LOS FLUJOS FINANCIEROS INTERNACIONALES. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Diego VALADÉS\*

SUMARIO: I. *La regulación de los flujos financieros internacionales.* II. *La formación de un “Estado intangible”.* III. *Problemas y propuestas.* IV. *Bibliografía.*

### I. LA REGULACIÓN DE LOS FLUJOS FINANCIEROS INTERNACIONALES

Refiere Galbraith (pp. 7 y ss.) que, comenzando 1929, y sin que se le prestara atención, el prominente banquero Richard Warburg 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 retomó 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 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 pensando en el futuro. Su predicción fue muy precisa: de no establecerse una cooperación internacional plenamente institucionalizada, el nacionalismo económico, la rivalidad entre los bloques de países, las fricciones internacionales y las crisis, se intensificarían (Goldenweiser, pp. 19 y ss.). Los hechos han venido dándoles la razón.

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Muchos años más tarde James Tobin convirtió en una de sus áreas de interés la regulación de los mercados financieros internacionales. De largo tiempo atrás ha venido haciendo una serie de propuestas que todavía no han recibido la atención necesaria. Lo más llamativo es que una parte de su preocupación se orienta a la defensa de las economías nacionales más débiles, y es en este ámbito donde menor interés suscitan. Entre esas propuestas figura la que se identifica como “impuesto Tobin”, que atiende a la regulación de las transacciones financieras internacionales.

Tobin advierte (p. 643) 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 ese contexto Tobin plantea “poner un poco de arena en las ruedas” (p. 654) 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.

En 1993 Tobin (p. 655) calculaba que cada día se llevan a cabo operaciones financieras internacionales por un monto de mil millones de dólares. Tres años después, Óscar Lafontaine (p. 74), luego efímero ministro de finanzas de Alemania, calculó que 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.

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 (p. 657) 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.

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 (p. 79), para quien, mientras no existan reglas de carácter “global”, debería haber al menos acuerdos en el seno del G-7 (grupo integrado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón).

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.

Años más tarde, en un artículo periodístico (*El País*, noviembre 12 de 1998) Tobin 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 países pequeños necesitan poner obstáculos frente a movimientos indeseados de inversión y retirada de fondos en 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 (pp. 275 y ss.), incluso economías muy consistentes, como la suiza, resienten 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 (*La mondialisation...*, pp. 40 y ss.) 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 (*A era...*, p. 142; *A sociedade...*, p. 55) en el sentido de que a la postre los movimientos incontrolados de capital dejan sentir sus efectos adversos del salario de los trabajadores.

Paul Krugman coincide con los puntos de vista de Tobin (*Pop...*, p. 90). Otro tanto ocurre con George Soros, quien en 1997, a la luz de las experiencias mexicana y brasileña (p. 182), propuso la creación de una corporación internacional para asegurar el crédito, que procuraría reducir la extrema volatilidad financiera internacional (p. 177). Un año más tarde el sociólogo británico Anthony Giddens también se pronunció sobre este tema, e hizo suyas las tesis de Tobin y de Soros. “Tenemos que buscar medios, dijo, para conducir adecuadamente los movimientos financieros internacionales, y que la huida de capitales y el pánico que produce, sean atenuados” (p. 174).

Giddens (pp. 175 y ss.) reconoce que grandes cantidades de recursos pueden ser atraídas por un país o por una región, y de manera casi instantánea pueden generar movimientos bruscos que afectan 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 que la acción política tenga una base jurídica.

En México se alude a un llamado “blindaje económico”, que es un conjunto de instrumentos financieros que, hipotéticamente, garantizan la estabilidad cambiaria en el país. Supongamos que, en efecto, ese “blindaje” funcione. La pregunta que habría que hacer es, ¿con qué costo? En efecto, existe una importante disponibilidad de fondos para hacer frente a una contingencia; pero lo que ocurriría es que la utilización de esos fondos elevaría el monto de nuestro ya ancestral y voluminoso endeudamiento. Una cosa es paliar un problema, y otra resolverlo a fondo. Esto último sólo se consigue con disposiciones jurídicas de naturaleza permanente, previsible y de amplio alcance, que sean el resultado de una discusión pública.

Enrique Iglesias (pp. 80-1) 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 se 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. 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 de 1976. Señala (artículo 87) 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 (de 1988) dispone (artículo 147): “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 (1991) sólo contiene normas de habilitación (artículos 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 (artículo 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 (artículo 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 inaplicación 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 de Brasil.

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 regulan los flujos financieros internacionales comenzó hace casi cinco lustros, y apenas se ha abierto paso en unos cuantos sistemas. Esto se explica porque, como señala Tobin, el problema es de otra dimensión, y sólo podrá resolverse merced a disposiciones que adopten todos los países; por lo menos todos los que forman parte significativa del mercado financiero mundial. El doble fracaso (financiero y constitucional) de Brasil, y la amenaza permanente de fluctuaciones financieras que se cierne sobre países como el nuestro, debe llevarnos a la conclusión de que México necesita asociar su esfuerzo con el de otros Estados para regular los movimientos de capital especulativo, adoptando medidas internas e internacionales.

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

La mundialización plantea considerables problemas para los sistemas constitucionales. Giddens (*Beyond...*, pp. 4 y ss.) 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 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 empuqueñecimiento, 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 síndrome 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 constitucional, y otra del preconstitucional. Aunque en realidad se trata de un sólo Estado, podemos denominar a una de sus apariencias como Estado tangible, cuya integración, organización y funciones son objeto de normación constitucional; y a la segunda de sus personificaciones, Estado intangible, cuya integración, organización y funciones están sujetas a una regulación privada, o incluso tienden a escapar 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 (Flores Olea, pp. 265 y ss.). 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 encuadramiento 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 formulación de esas disposiciones, la intervención del sector privado es muy considerable. El Estado intangible sólo 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 constructo, esto es, como una representación o hipótesis de trabajo. No se trata, evidentemente, de confundir categorías jurídicas y políticas, sino sólo de aludir a un problema que se yergue ante los controles políticos y su posibilidad real de incidir en diversas áreas que paulatinamente han ido saliendo de su esfera de competencia.

El acoso al Estado no se traduce sólo en el 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 de Comercio, que toman decisiones vinculantes para los Estados.

Cuando se habla convencionalmente de un “Estado supranacional”, o de “gobierno cosmopolita”, yendo más allá de la sola cooperación internacional y aun de la integración regional, como hace Held (pp. 183 y ss.), 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.

Ahora bien, ¿cómo explicar que el fenómeno del Estado intangible se vaya extendiendo como una realidad jurídico-política? Tal vez haya una manera: ampliando el ámbito de validez de la norma. Los tradicionales ámbitos espacial, temporal y personal de validez de la teoría del derecho, tienden a verse complementados por un nuevo ámbito, el profesional, que tiene una distante filiación medieval y que advierte sobre la posibilidad de una recaída corporativista. En ese ámbito se desenvuelven muchos de los procesos económico-financieros de nuestro tiempo.

En todo caso la diferencia con la organización estamental medieval residiría en que en ésta se producían superposiciones, en tanto 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.

En cuanto al derecho, se tiende a reemplazarlo por la sola conducta. La política posmoderna asume una actitud inversa a la del positivismo jurídico: si éste soslayó la política, aquélla 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, es privar a la sociedad de los atributos centrales del derecho público: su permanencia, su publicidad y su exigibi-

lidad. Los acuerdos, en cambio, son volátiles, no siempre resultan públicos y normalmente no son exigibles por terceros.

Al sustituir la idea de legitimidad por la de eficacia de las instituciones, se construye un sistema político semejante al prerrevolucionario. El fundamento racional del origen y del acatamiento del poder desaparece, y queda sólo la capacidad operativa, fáctica, del ejercicio del poder. Así, la diferencia entre la democracia consociativa y la monarquía absoluta 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 (p. 45), 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 directa y necesariamente ninguna de esas categorías.

El problema surge de que, mientras la Constitución provee de 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 autonomización de la banca central); y 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 incluir 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 Georges Soros (*Soros...*, p. 175) que 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 se reservó 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” (*El País*, 1 de julio de 1997).

Así, un poderoso empresario declara que, por su exclusiva decisión, se abstiene 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.

Cuando el Estado advirtió que se estaba dando un proceso de descolocación de la política, reaccionó incorporando a los partidos al 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 vida política en las sociedades abiertas.

Con el poder privado está ocurriendo algo totalmente distinto a lo que sucedía con los partidos. Los partidos sólo podían consolidarse si actuaban abiertamente, mientras que el poder privado sólo puede alcanzar sus objetivos si los 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, pero los poderes privados se ven obstaculizados por esa idea de representación.

Es previsible que ese proceso lleve al 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 la 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, al menos parcialmente, a un sistema de controles, es razonable pensar que los congresos y parlamentos asuman también 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 incumbe a los órganos del poder que desempeñan tareas representativas.

Cuando Leibholz examinó los 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 esos problemas, no profundizó en uno que si bien intuyó, no desarrolló: el surgimiento del Estado intangible. Liebholz (p. 78) señalaba que en la República Federal de Alemania “se prefiere para la administración de patrimonios públicos formas de derecho privado”. Al efecto mencionó 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 sí opera con recursos públicos. Es igualmente significativo abstraer 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 (p. 286) 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 a las instituciones de control. Esa autoridad es un “nuevo centro de poder” que resulta del proceso de erosión, por fracturas o desequilibrios que se registran en el ámbito del Estado. Günther (pp. 371 y ss.) reconoce que este fenómeno se acentúa con motivo de las grandes fusiones 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 (p. 29) afirman que “sin Estado no hay democracia”. En términos semejantes se había expresado, años antes, Vezio Crisafulli (p. 223) “la crisis de la democracia hodierna culmina en la carencia del poder estatal”. Hay, señala este autor, un “pluralismo” de los “poderes privados” que erosiona profundamente al poder público. Con esas 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 (Minc, pp. 25 y ss., Roth, p. 196). 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 segmento de las potestades públicas son objeto de control y otras no. Estas últimas forman parte de lo que denominamos el Estado intangible. Intangible en un doble sentido: no es fácilmente perceptible, y no es “tocable” por los instrumentos de control.

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 deslegitimizar a los titulares de las instituciones y a las instituciones mismas, para facilitar los términos de la negociación con el Estado intangible. 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 (*The Return...*, pp. 166 y ss.) 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.

### III. PROBLEMAS Y PROPUESTAS

Esta obra presenta dos importantes características: una concierne al tema; otra al método de trabajo. Con relación al primero es evidente que se trata de un asunto de gran relevancia en el mundo actual, y con relación al cual son todavía muy escasos los estudios en lengua española. Y en cuanto al segundo aspecto, se trata de un esfuerzo interdisciplinario que contribuye, en los términos propuestos por la Comisión Gulbenkian (Wallerstein), a abrir las ciencias sociales y estimular el trabajo colectivo.

Dejo constancia de mi reconocimiento a la doctora Alicia Girón, por haber acogido y apoyado decididamente la idea de realizar este trabajo con la participación de los institutos de Investigaciones Económicas y de Investigaciones Jurídicas. En ambas instituciones de la universidad había interés por estudiar el tema que aquí se trata, pero al abordarlo de manera conjunta y colectiva fue posible plantear diversas perspectivas que permiten apreciar su trascendencia económica y jurídica. Gracias a la doctora Girón fue posible integrar un grupo de investigadores del Instituto que dirige, que junto al de juristas permitió elaborar este volumen.

Desde la perspectiva del derecho es importante destacar también la naturaleza multidisciplinaria de la investigación. Los autores, Marcos Kaplan, Manuel Becerra, Jorge Witker y Sergio López-Ayllón, trabajan, esencialmente, teoría del Estado, derecho internacional, derecho económico y sociología del derecho, respectivamente. El trabajo de ellos y la relación con el grupo de Investigaciones Económicas, fue coordinado por Marcos Kaplan.

La elaboración de este trabajo se llevó a cabo en sesiones que por separado sostuvieron el grupo de economistas y de juristas, y en otras en que se contó con la participación de los dos grupos. La riqueza del intercambio de opiniones se refleja en el resultado que ahora el lector tiene en

sus manos. Por esta razón, además de a la doctora Girón, expreso mi agradecimiento a los investigadores del Instituto de Investigaciones Económicas: Eugenia Correa, Alma Chapoy, Irma Manrique, Ramón Martínez Escamilla y Carlos Morera, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Manuel Becerra, Sergio López-Ayllón, Marcos Kaplan y Jorge Witker. Todos participaron con seriedad y entusiasmo en una reflexión colectiva que permitió la elaboración de este estudio, pionero entre nosotros.

En su estudio, Manuel Becerra examina con detenimiento la organización financiera internacional y pone especial énfasis en los aspectos relacionados con la regulación de flujos financieros. Entre los varios aspectos que merecen su atención, uno es el concerniente a la naturaleza jurídica de las cartas de intención. Se trata de un asunto relevante, por las implicaciones que el autor advierte a propósito de la soberanía de los Estados nacionales. También propone reformar la estructura y los fines de los organismos internacionales, en lo que atañe a la regulación de los movimientos de capital, y en el ámbito interno mexicano subraya la necesidad de que en la recepción de las normas internacionales sobre esta materia, participe el Senado de la República.

Por su parte, 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 ese 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.

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.

El ensayo de Jorge Witker, a su vez, 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, como señala el autor, 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.

El conjunto de trabajos constituye un útil análisis de los problemas que plantean los flujos financieros internacionales y una sugerente serie de propuestas de solución, desde la perspectiva del Estado y del derecho. Se trata de una primera aproximación a un problema acerca del cual será necesario seguir trabajando.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

CRISAFULLI, Vezio, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1985.

FLORES OLEA, Víctor, *Crítica de la globalidad*, México, FCE, 1999.

GALBRAITH, John Kenneth, *A Short History of Financial Euphoria*, Nueva York, Whittle Books, 1993.

GIDDENS, Anthony, *Making Sense of Modernity*, Oxford, Polity Press, 1998.

—, *Beyond Left and Right*, Cambridge, Polity Press, 1994.

GOLDENWEISER, E. A., *International Financial Stabilization*, Nueva York, Irving Trust Co., 1944.

GÜNTHER, Eberhard, "Problems of Control on Company Mergers", *Studies on Economics and Monetary Problems and on Banking History*, Mainz, Hase & Koehler Verlag, 1988.

HELD, David, *La democracia y el orden global*, Madrid, Paidós, 1997.

- IGLESIAS, Enrique, “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.
- KRUGMAN, Paul, *Pop Internationalism*, Cambridge, The MIT Press, 1999.
- , *The Return of Depression Economics*, Nueva York, Norton, 1999.
- LAFONTAINE, Óscar y MÜLLER, Christa, *No hay que tener miedo a la globalización*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1998.
- LINZ, Juan y STEPAN, Alfred, “Hacia la consolidación democrática”, *La política*, Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad, Barcelona, Paidós, núm. 2, 1996.
- LEIBHOLZ, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- LEUTWILER, Fritz, “Monetary Policy and Capital Movements: the Experience of Switzerland”, en Engels, Wolfram, *International Capital Movements, Debt and Monetary System*, Berlín, Hase & Koehler, 1984.
- MINC, Alain, *La nueva edad media*, Madrid, Temas de Hoy, 1993.
- , *La mondialisation hereuse*, París, Plon, 1997.
- NEGRI, Guglielmo, *Il quadro costituzionale. Tempi e istituti della libertà*, Milán, Giuffrè Editore, 1995.
- ROTH, André-Noël, “El derecho en crisis: ¿fin del Estado moderno?”, *Derecho y transición democrática*, Oñati, Instituto Internacional de Sociología del Derecho, 1995.
- SOROS, George, *The Crisis of Global Capitalism*, Nueva York, Public Affairs, 1998.
- , *Soros on Soros. Staying Ahead of the Curve*, Nueva York, Wiley & Sons, 1995.
- TOBIN, James, *Essays in Economics. National and International*, Cambridge, The MIT Press, 1996.
- , “Europa, Japón y el fantasma de Keynes”, *El País*, Madrid, noviembre 12 de 1998.
- VEGA, Pedro de, “Constitución y democracia”, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, A. López Pina (ed.), México, FCE, 1985.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Abrir las ciencias*, México, Siglo XXI, 1998.