

TRANSFORMACIONES DEL ESTADO EN LATINOAMÉRICA: ¿DE ENTE SOBERANO A MOVIMIENTO SOCIAL GLOBALIZADO?

Jorge SILVERO SALGUEIRO

I. INTRODUCCIÓN

El Estado nacional en Latinoamérica celebra 200 años de vida independiente. La soberanía, ese atributo tan distintivo del Estado,¹ fue una conquista del pueblo en sus luchas por la independencia. De ahí su alto valor emblemático. Perder la soberanía es perder el poder sobre sí mismo. Por eso, su defensa tan acérrima. En una república democrática, forma con la cual se han identificado tradicionalmente los Estados latinoamericanos a lo largo de su historia, se entiende que el pueblo ejerce la soberanía en forma indivisible. Se trata de un poder de decisión independiente hacia el exterior y supremo en el interior.² Sin embargo, el ejercicio que de ella hizo el pueblo varió en intensidades de acuerdo con el contexto histórico y las relaciones de poder: de formas absolutas y personalistas a ejercicios limitados y condicionados por terceros.

¹ Según Jellinek, “la soberanía no es nota esencial del Estado”, lo que lo distingue es “el poder para organizarse por sí mismo, que procede de sí mismo y según su propio derecho, sin derivar de ninguno otro”. Véase Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, 2000, pp. 441-450.

² Cueva, Mario de la, “La idea de la soberanía”, en Varios Autores, *Estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964, pp. 245-333. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, México, 1998, pp. 56 y ss. Becerra, M. *et al.*, “La soberanía en la era de la globalización”, en Müller, Klaus y Becerra, Manuel (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, 2010, pp. 55-84.

En 1814 el pueblo paraguayo reunido en Congreso General designó a José Gaspar Rodríguez de Francia (1814-1840) Dictador Supremo de la República por cinco años, pero un nuevo Congreso convocado en 1816 le nombró Dictador Perpetuo “durante su vida con calidad de ser sin ejemplar”.³ En 1901 el pueblo cubano fue convocado por el gobernador norteamericano Leonard Wood, cabeza de la ocupación militar en la isla, a una Convención Constituyente que elaboró y sancionó una nueva Constitución⁴. La misma Convención se vio obligada a aceptar una propuesta forzosa norteamericana sobre las relaciones entre ambos países. El apéndice de la Constitución compuesto de ocho artículos más conocido como “Enmienda Platt” permitía la intervención norteamericana en Cuba a su gusto y paladar.⁵

A estas expresiones contrapuestas de soberanía se suman otras más revolucionarias o democráticas que desde el siglo XIX hasta el siglo XXI continúan manifestándose especialmente en procesos constituyentes en donde se forjan los cimientos del Estado constitucional. Fue el pueblo soberano que reunido en convenciones o asambleas se dio Constituciones tan impactantes para sus países como la argentina de 1853 concluida en 1860; la mexicana de 1917; la brasileña de 1988 y la chilena en su reforma de 2005, entre varias más. Todo aquel Estado en Latinoamérica que se declaró independiente, que ejerció su soberanía y se dio una Constitución

³ Las actas de los respectivos congresos se encuentran transcritas en: *Francia 1762-1816*, vol. I, Asunción, Ediciones del Bicentenario, 2009. Sobre la institución de la dictadura en el Paraguay del siglo XIX, véase: Catalano, Pierangelo, *Modelo institucional romano e independencia: República del Paraguay: 1813-1870*, Asunción, Ediciones Comunerros, 1986. Paciello, Óscar, “Instituciones romanas en la independencia de Paraguay”, *Ius Antiquum*, num. I, Moscú, 1996, pp. 102-112. En Internet: <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/paciel.pdf>

⁴ La Constitución alemana de Bonn de 1949 y la iraquí de 2005 también se elaboraron bajo la ocupación militar norteamericana. Ambas están en vigencia. La constitución paraguaya de 1870 nació bajo la ocupación argentina y brasileña y estuvo en vigencia 70 años.

⁵ Bernal Gómez, Beatriz, *Constituciones iberoamericanas. Cuba, México*, UNAM, 2008, pp. 20-28.

para regir su destino, ha permanecido como tal hasta el día de hoy, sin que ninguno se haya extinguido o haya sido anexado por otro Estado. Un caso *sui generis* es Puerto Rico. Este país latinoamericano con equipo propio en los Juegos Olímpicos nunca declaró su independencia. De la dependencia colonial española pasó al sometimiento norteamericano. Desde 1952 gracias a una Constitución se identifica como un Estado libre asociado y reconoce que “su poder político emana del pueblo y se ejercerá con arreglo a su voluntad, dentro de los términos del convenio acordado entre el pueblo de Puerto Rico y los Estados Unidos de América” (artículo I, sección 1. Constitución de 1952). Se encuentra por tanto sometido a la soberanía norteamericana y si bien el pueblo de Puerto Rico se dio su Constitución la misma requirió ser aprobada por el Congreso norteamericano para entrar en vigencia.⁶

Ahora bien, los Estados latinoamericanos desde sus inicios siempre han experimentado afectaciones graves o amenazas serias a su soberanía tanto en tiempos de paz como de guerra. En el pasado, las intervenciones militares con dominio de un Estado sobre el otro o las pérdidas parciales de territorio producto de guerras o conflictos armados significaron las principales pérdidas de soberanía de un Estado. Entre las amenazas a la soberanía se cuentan también los movimientos revolucionarios y los grupos guerrilleros que ponían en cuestión el dominio para ellos abusivo o deslegitimado del Estado. Para los revolucionarios y guerrilleros se trataba sin embargo de recuperar la autodeterminación del pueblo, aquella soberanía arrebatada por las clases dominantes. Otro tipo de amenazas constituían los actos individuales catalogados como traición que eran tenidos como actos de entrega de la soberanía. Entonces, las amenazas a la soberanía estaban muy relacionadas a conflictos entre Estados, o con grupos armados internos, con contrapartes completamente individualizadas y pujas sobre cuestiones bien concretas. De ahí que el debate sobre la

⁶ Al respecto, véase Guiven Flores, César, “Vigencia en Puerto Rico de la Carta Autonómica de 1897 a cien años de su promulgación”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. X, 1998, pp. 399-423.

soberanía se encuentra identificado con las luchas patrióticas de defensa de lo nacional. Esta perspectiva tradicional adquiere un especial significado, pues aun cuando las circunstancias y contextos en el actual siglo XXI difieran del pasado, la lucha por la defensa de la soberanía sigue en muchos aspectos su habitual curso patriótico.

Sin embargo, el concepto de soberanía no permanece totalmente inmune a los cambios. Desde mediados del siglo pasado se ha comprobado que la soberanía adquirió nuevos contornos y que se enfrenta a nuevas situaciones. Por un lado, la expansión de los derechos humanos claramente ha retado al concepto tradicional de soberanía despojándolo de ciertas pretensiones de ser alegado como un título jurídico para justificar inmunidad estatal, que en el fondo serviría a la impunidad de actores estatales en caso de violaciones a los derechos humanos. La responsabilidad por actos que vulneran los derechos humanos no se detiene ante un soberano, por el contrario, la tendencia es que incluso cada soberano está vinculado por el respeto a los derechos humanos.⁷ Por el otro, procesos de integración económica como la Unión Europea —y a mucho menor escala el Mercosur— han evidenciado que la transferencia de derechos de soberanía a órganos comunitarios es posible.⁸ Pero este tipo de procesos gozan de una mayor aprehensión simple por parte de la ciudadanía a diferencia de otros que en Latinoamérica generan mayor rechazo o conflictividad. Las nuevas amenazas a la soberanía —si se utiliza el lenguaje tradicional o, tomando mayor distancia de los acontecimientos a reseñar, los nuevos cuestionamientos más complejos a la soberanía— provie-

⁷ Al respecto, véase Flores, M. *et al.* (coords.), *Diccionario básico de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, 2009.

⁸ Al respecto, véase Grote, Rainer y Silvero Salgueiro, Jorge, “La construcción del Mercado Común del Sur (Mercosur) a través de relaciones jurídicas múltiples”, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 5, 1999, pp. 19-32. En Internet: http://www.salvador.edu.ar/vrid/di/r_prog_arm_rev01-01-01.htm

nen del así denominado “proceso de globalización”. Ahí radica un giro fundamental en el debate sobre el Estado y la soberanía.

La soberanía entra en conflictos con procesos que se originan externamente y debilitan al Estado nacional en la toma de sus decisiones y afectan su patrimonio tangible y cultural.⁹ Esta vez las limitaciones a la soberanía no actúan en favor de la vigencia de derechos humanos ni tampoco en beneficio de una integración con proclamación de una igualdad jurídica entre Estados. Tampoco existen tratados internacionales ni acuerdos gubernamentales explícitos, pues en realidad no es un tema exclusivo del Estado. La globalización afecta también a las sociedades nacionales, que reciben y debaten propuestas globales que conllevan una idea de modernidad: las categorías de “sociedad de la información” o “sociedad del conocimiento” responden a nuevas tecnologías y a desarrollos en los medios de comunicación social que son adaptados o incorporados en cada país.¹⁰ Se importa y se consume globalización pero no se exporta. Por parte del Estado nacional las posibilidades de incidir en la configuración y programa de la globalización son mínimas, lo cual no es alentador, pues con la globalización se está favoreciendo un reacomodo en las relaciones de poder entre el mercado internacional, las sociedades nacionales y los Estados constitucionales soberanos, pero sin que desaparezcan las viejas ideas de sometimientos entre Estados y las pretensiones de lograr ventajas competitivas y comparativas por los actores

⁹ Véase las palabras de un diputado mexicano: “Los procesos de globalización nos someten cada vez más a presiones que atentan contra nuestra mexicanidad; no estamos frente a un problema económico, esto es mucho más grave, tiene que ver con las profundas raíces del pueblo mexicano y, por supuesto, con el hambre, la nutrición y el desarrollo del país”. González Garza, Javier, “Palabras de inauguración”, en Álvarez Ruiz, Aleida (coord.), *Alimentación, nutrición, valores culturales y soberanía alimentaria*, México, 2007, p. 1.

¹⁰ Al respecto, véase Riestra Gaytán, Emma, “De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento: el impacto tecnológico en la docencia jurídica”, en Valencia Carmona, Salvador (coord.), *Educación, ciencia y cultura. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.

económicos y financieros de carácter internacional más poderosos. Por ello, las advertencias patrióticas contra la globalización.

El conflicto sobre la globalización ha sido entendido desde posiciones maniqueístas: una, que con suficientes medios ataca desde afuera en términos ideológicos y, otra, que se defiende insuficientemente desde adentro en términos patrióticos. Si bien es cierto que la globalización afecta, en realidad sobrepasa al patriotismo nacional particular, por tanto, analizarlo sólo desde este último enfoque es reducir inadecuadamente sus ámbitos de incidencia. El fenómeno conflictivo es más complejo, se expande a un ambiente transnacional donde desarrolla una paradoja: tanto los que propician formas de globalización como los que las rechazan se han constituido en movimientos globales, el uno identificado con pretensiones hegemónicas y el otro como contrahegemónico y ambos contendientes cuentan con adherentes tanto afuera del Estado nacional en ámbitos inter y transnacionales como al interior de las sociedades nacionales dividiéndolas. Mi tesis es que durante el siglo XXI la lucha por el dominio del Estado y la subsiguiente configuración de su soberanía será indudablemente más ideológica que patriótica, donde lo patriótico adquiere la connotación descrita más arriba y lo ideológico las posiciones sobre el rol del Estado y sus interacciones funcionales con el mercado, el capital y la sociedad global. El Estado no desaparecerá¹¹ pero estará siendo afectado funcionalmente.

¹¹ Serna de la Garza coincide en esta afirmación, luego de reseñar diversas posiciones sobre la globalización sostiene: “el Estado-nación no está desapareciendo ni se está disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales en razón de los fenómenos identificados con la globalización”. Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC)*, México, UNAM, 2010, p. 19.

II. LA GLOBALIZACIÓN Y SU AFECTACIÓN CONSTITUCIONAL

La globalización desde el punto de vista constitucional es un fenómeno que pone en cuestión la estructura tradicional del Estado y su principal problema consiste que su propuesta no es definida por una fuente de legitimación como el “pueblo soberano”. Aquel Estado, clásico y liberal, que rechaza de plano toda injerencia externa y defiende a raja tabla su poder de decisión exclusivo y sin estar concatenado a procesos externos con otros actores se ve sobrepasado por nuevos condicionamientos ajenos a su tradicional ámbito de regulación. En su tesis acerca del impacto de la globalización sobre el Estado, Serna de la Garza sostiene: “No consideramos que el Estado ha perdido capacidades regulatorias y operacionales, si bien reconocemos que ya no tiene el monopolio sobre su ejercicio. Al parecer, en la mayoría de los casos los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad”.¹² A consecuencia de ello, continúa el investigador de la UNAM “se plantea la necesidad de una reconceptualización del Estado, y también de una serie de conceptos asociados a él, como lo son el de poder, autoridad, soberanía, legitimidad, la distinción entre lo público y lo privado, y entre lo interno y lo externo”.¹³

En ese sentido, las actuales investigaciones jurídicas se dedican a resaltar los cambios en el concepto de soberanía relacionados a la globalización. Becerra, Povedano y Téllez se refieren directamente a “la nueva soberanía” y que “los cambios fundamentales se manifiesten en la creación normativa” unas de las “facultades soberanas clásicas”.¹⁴ Los autores citados constatan una serie de áreas de gran valor y preponderancia para la sociedad civil donde el Estado ya no posee el monopolio regulativo ni sancionatorio,

¹² *Ibidem*, p. 10. Con “nuevos sitios de responsabilidad” Serna se refiere a que el Estado “cada vez más comparte responsabilidades en la provisión de seguridad física, seguridad jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social, con instituciones al nivel internacional”. *Ibidem*, p. 73.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴ Becerra, M. *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 2, pp. 62-68.

una especie de “zonas grises”. El Estado se ve sobrepasado por otros actores, transnacionales en muchas ocasiones, con una capacidad regulativa más eficaz. Entre estos ámbitos se encuentran: la regulación sobre negocios y comercio internacional, la denominada nueva *lex mercatoria*, cuyos usos y costumbres se van plasmando en reglamentaciones no estatales provenientes de asociaciones mercantiles profesionales o de organismos internacionales como los “términos comerciales uniformes”, las “condiciones generales de venta” o los “contratos tipos” que en caso de conflictos son interpretados por árbitros internacionales generándose así un sistema jurídico paraestatal y transnacional;¹⁵ las regulaciones de FIFA y otros organismos mundiales de deportes; las nuevas tecnologías como la Internet que con su carácter abierto y deslocalizado genera problemas al Estado en su intención de regular el tráfico en la red, en particular las operaciones mercantiles *on line*; el sistema financiero internacional con preponderancia del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con sus propias reglas e instituciones relativas a solución de conflictos; las ONG internacionales, etcétera. A ellas se suman las áreas de “soberanías compartidas” en medio ambiente, derechos humanos, derecho penal internacional, etcétera. Este concepto planteado como una hipótesis de trabajo en el trabajo de Becerra y otros es, por un lado, un contrasentido si se lo encara desde el enfoque tradicional de soberanía, pero por el otro, es una categoría que trata de dar respuesta a conflictos surgidos en función a recursos naturales, bienes jurídicos o valores compartidos por varios Estados. De ahí, que no sea rechazado de plano para el debate, el cual en este punto permanece abierto.¹⁶

En esta línea de principales cambios operados en el concepto de soberanía se inserta la tesis de López-Ayllón que coincide con la idea de que el Estado ya no cuenta con el monopolio de la crea-

¹⁵ Fernández Rozas, José Carlos, “Un nuevo mundo jurídico: La *Lex Mercatoria* en América Latina”, en Silva, Jorge A., *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, 2006, p. 65.

¹⁶ Becerra, M. *et al.*, *op. cit.*, nota 2, pp. 62-68.

ción o regulación normativa en áreas muy sensibles de actividad y desarrollo de las sociedades: “Nuestro argumento principal postula que una de las consecuencias de la globalización es la existencia de una pluralidad de fuentes de creación del derecho”.¹⁷ Pero, a diferencia de otros autores López-Ayllón no considera dicha “pluralidad de fuentes” como un problema de soberanía, sino que observa un impacto positivo para el rol de los tribunales. Él sostiene que:

su aplicación territorial depende en última instancia de su reconocimiento por los órganos del Estado, en particular sus tribunales. En este sentido, es posible afirmar que éstos son uno de los puntos centrales de articulación, reconocimiento y aplicación de las normas jurídicas, cualquiera que sea su origen. Lo anterior se explica en la medida que los fenómenos globales acaban por tener una expresión localizada, y que en muchas ocasiones esta expresión se refleja en una acción judicial. Los tribunales constituyen así una de las anclas de la globalización.¹⁸

Con la imagen de “anclas de la globalización”, López-Ayllón describe su postura acerca de lo que deberían ser las nuevas funciones de los tribunales nacionales en el proceso de globalización. Él destaca que se debería dejar atrás el modelo según el cual los tribunales eran meros ejecutores de la ley nacional, en forma piramidal, territorial y en condiciones de relativa impermeabilidad a los impulsos externos debiendo, por el contrario, ser protagonistas en la construcción de un nuevo orden jurídico. Así,

de acuerdo con este nuevo modelo, los tribunales no realizan sólo acciones locales, sino que están abiertos a una interacción que establece una línea de continuidad entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global. Por ello, algunas de sus decisiones tienen un alcance que

¹⁷ López-Ayllón, Sergio, “Tribunales, seguridad jurídica y globalización”, en Caballero Juárez, J. A. *et al.*, *Sociología del derecho. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I. *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010, p. 125.

¹⁸ *Idem.*

las “deslocaliza” y las relaciona dinámicamente con el ámbito global. Ciertamente, no todas las decisiones que adoptan los tribunales tienen esta característica, pero potencialmente muchas de ellas tienen implicaciones que van mucho más allá de la resolución de un conflicto local.¹⁹

Y más adelante señala los implicaciones de este modelo tipo “ancla”:

La principal consecuencia de ello, y en esto no se podrá insistir lo suficiente, es que entonces sus funciones ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional, sino que tienen una responsabilidad directa en la construcción de un orden jurídico mundial o global. Por ello, tienen que abrirse aún más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.²⁰

De ahí, es que puede comprenderse la postura de López-Ayllón de que: “el fenómeno de la globalización no ha hecho sino reforzar la importancia de los tribunales en las sociedades contemporáneas”.²¹

López-Ayllón encara también con una respuesta directa aquella crítica bien conocida a la globalización de que genera sistemas de solución de controversias paralelos al sistema judicial nacional, por ende, lo debilita:

Es muy importante señalar que esta nueva prominencia de los tribunales, este reforzamiento de su autoridad y peso institucionales, van aparejados de un cierto debilitamiento y que esconden riesgos no menores para el futuro. En efecto, los poderes judiciales se debilitan relativamente en la medida en que cierto tipo de controversias (sobre todo las de tipo internacional y las que involucran a los grandes in-

¹⁹ *Ibidem*, p. 126.

²⁰ *Ibidem*, p. 143.

²¹ *Ibidem*, p. 132.

tereses económicos) escapan crecientemente a su ámbito de acción y quedan sin resolver, o bien, recurren a mecanismos alternativos, como el arbitraje, que gozan de considerable autonomía frente a las instituciones estatales. Este debilitamiento es relativo en la medida que estos mecanismos, que eluden a la justicia nacional, en realidad trabajan a la sombra de ella, pues en muchas ocasiones sus resoluciones son cumplidas ante la expectativa razonable que los tribunales nacionales las harán ejecutar coactivamente.²²

El enfoque de López-Ayllón sobre la globalización y su impacto en el Estado nacional difiere diametralmente de las posturas de los defensores de la soberanía. No hay un rechazo a dicho proceso y menos advertencias de daños colaterales. Por el contrario, en su propuesta —sintetizada en la imagen de los “tribunales como anclas de la globalización”— se involucra al Estado y a sus instituciones en la tarea de hacer que la globalización descienda por conductos oficiales y de forma firme y estable sobre el acontecer nacional.

Esta postura de López-Ayllón es completamente aceptable en tanto se refiera —como el autor en algún momento lo hace— a la expansión de los derechos humanos por medio de procesos de globalización. Como se había señalado más arriba, los derechos humanos tienen una dimensión internacional que limita el actuar soberano de los Estados nacionales y, por ende, requieren de una intervención *in situ* por medio de los órganos responsables dentro de la estructura estatal de reparar los daños por su vulneración. Indudablemente en este asunto, los jueces se constituyen en puntos de articulación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, pero en ambos casos la referencia es a un cuerpo jurídico con vigencia en los Estados latinoamericanos.

Una cuestión más controversial se genera en el ámbito de la *lex mercatoria*. ¿Tendrían que tener los tribunales nacionales la misma función de “anclas” en casos de arbitraje internacional, que como

22 *Idem.*

sistemas fueron pensados en eludir el aparato judicial nacional, y al que luego acuden cuando no están en condiciones de ejecutar sus laudos por “rebeldía” de la parte condenada? Esta situación demuestra primeramente dos cosas: a) que los sistemas paralelos o paraestatales serán autónomos pero no son completos ni autosuficientes y, b) que el Estado conserva una función monopólica, la de ejecución coactiva de decisiones finales.

Ahora bien, aun en ese tipo de situaciones es posible bajo ciertos condicionamientos seguir la propuesta de que los tribunales actúen como “anclas”.

Si se revisa las fuentes del derecho en materia de arbitraje internacional, se podrá resaltar que en el marco de Naciones Unidas se celebró en 1958 la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), siendo los países latinoamericanos prácticamente en su totalidad signatarios de dicha convención y procediendo a su ratificación o adhesión, según el caso. Naciones Unidas creó en 1966 la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI)²³ y le encargó, el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Con este encargo, la CNUDMI se abocó a elaborar la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, modificada en 2006) que está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. A este proceso global se sumó uno regional sobre arbitraje cuando en 1975 en el marco de la Organización de Estados Americanos se adoptó en Panamá la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.²⁴ Y como punto final de ambos procesos los Estados latinoamericanos han promulgado leyes sobre arbitraje internacional en función de la ley modelo y ateniéndose a los

²³ http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

²⁴ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

tratados internacionales sobre la materia. Al respecto, Fernández Rozas reseña:

En este contexto, la adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las normas locales sobre arbitraje [acotado a controversias internas], y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales. De hecho, en más de diez países latinoamericanos se introdujeron nuevas leyes sobre la materia.²⁵

Entonces, en materia de arbitraje internacional claramente se observa que están en sintonía un proceso global y otro regional en donde los Estados latinoamericanos como miembros de la ONU y de la OEA pudieron participar y expresar su adhesión o no a dichos proyectos. Posteriormente, se reservaron un ámbito de decisión soberana donde internamente decidieron si ratifican dichos tratados internacionales y si incorporan legislación nacional sobre la materia en consonancia con dichas disposiciones internacionales. En consecuencia, si los tribunales de un Estado, cuyos órganos políticos y de representación expresaron previamente su consentimiento a determinados proyectos globales o regionales mediante actos jurídicos de relevancia para la función jurisdiccional, deciden conocer en estos casos de arbitraje comercial internacional, entonces, la decisión de los mismos estará suficientemente legitimada en los actos soberanos emitidos por su propio Estado. Desde esta perspectiva, los tribunales asumen el rol funcional de ejecutores de una política de Estado sustentada en instrumentos normativos vinculantes de carácter internacional y nacional. Lo que los jueces no pueden hacer es ejercer un rol de “anclas” de procesos globales que no cuenten con el aval de su propio Estado manifestado por conductos jurídicos adecuados sin importar la posición política del gobierno de turno. Caso contrario, sus decisiones estarán desprovistas de la suficiente legitimidad para obrar con la posibilidad de actuar de hecho como verdaderos testafierros

²⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 96.

de intereses extranacionales. De lo que se trata es que no interesa la posición personal del juez sobre la globalización, sino de analizar las posiciones de su Estado con respecto al fenómeno en concreto y dentro de ese marco fijar su rol jurisdiccional como tribunal.

Asimismo, conviene acotar ciertas expresiones de la tesis de López-Ayllón cuando se refiere a que las funciones de los tribunales “ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional, sino que tienen una responsabilidad directa en la construcción de un orden jurídico mundial o global”. Pues, una función así no está en la esfera de decisión del juez. Se trata de una decisión que corresponde a los órganos gubernativos del Estado, que el Poder Judicial no podrá arrogarse. Sólo podrá participar en la construcción de un orden jurídico mundial o global cuando con anterioridad los órganos representativos del Estado se hayan manifestado favorablemente al respecto.

III. EL ESTADO ANTE LAS IDEOLOGÍAS GLOBALIZADORAS

El Estado es afectado funcionalmente por la globalización. Se debilita su poder de decisión, se multiplican sus fuentes de derecho y se modifica el rol de los tribunales entre los breves tópicos tratados en este trabajo. Pero, ante estas comprobaciones ¿cuál es el impacto certero de la globalización sobre el Estado? ¿Tan sólo afectaciones como las aquí señaladas que puestas en términos ideológicos “adaptan” lentamente el Estado nacional a los intereses transnacionales? O más allá de eso ¿estamos al inicio de un proceso de alta transformación del Estado nacional? ¿Tendremos un Estado muy distinto, casi irreconocible en el momento culminante de la globalización? Discusiones ideológicas de qué hacer y qué ocurre con el Estado en procesos políticos de gran impacto ya se han dado en el pasado reciente. Más que especular a futuro es metodológicamente preferible poner sobre la mesa de debate aquellas tesis que de alguna forma incentivan y dan pie para partir de algo concreto en discusiones de esta naturaleza.

En 1977 el filósofo francés Louis Althusser sostuvo en Venecia que no había en Marx una teoría del Estado, lo cual constituía una de las “lagunas de gran importancia” del marxismo.²⁶ El debate que se suscitó con dicha tesis ocupó parte de las disputas sobre la “crisis del marxismo” y se daba en el contexto de “el Estado en transición”: aquél paso que dejaba atrás la dominación del Estado por parte de la burguesía y aseguraba la dominación del proletariado descrita específicamente como “dictadura del proletariado”. Pero aun en estas transiciones los marxistas se preguntaban si

una sociedad... ¿puede vivir sin una “regla del juego”, una norma, un derecho que se forman y se quiebran en el momento del conflicto, so pena de no lograr expresar ni el centro ni la derecha o la izquierda, es decir, ofuscar la dialéctica social real? El derecho, el Estado, ¿no son acaso la forma del compromiso social que tiene vigencia en toda fase, inclusive en la transición? Pero si esto es así, ¿cuándo y de qué forma se extingue el Estado? ¿Qué es lo que hace pensar que en el comunismo los productores no necesitarán una mediación política general?²⁷

Las incertidumbres de los marxistas sobre la vida sin Estado en términos de una sociedad sin reglas de juego o sin una mediación política eran patentes. Los postulados sobre la extinción del Estado no contaban con una comprobación histórica y tampoco conocían ellos cómo construir un Estado marxista. Ni siquiera contaban con un diseño teórico. Bobbio señalaba que “uno de los interlocutores [del marxismo] ha escrito inclusive, repitiendo una de las enseñanzas canónicas de la doctrina, que lo único que hay que hacer con este Estado [burgués] es destruirlo. ¿Para sustituirlo con qué? Misterio”.²⁸

Hoy en día la pregunta es hasta dónde llegarán las transformaciones impulsadas por la globalización sobre el Estado nacional.

²⁶ Varios Autores, *Discutir el Estado. Posiciones frente a una tesis de Louis Althusser*, México, 1982, pp. 9 y 76.

²⁷ Rossanda, Rossana, “Advertencia”, en *idem*, p. 9.

²⁸ Bobbio Norberto, “¿Teoría del Estado o teoría del partido?”, en *ibidem*, p. 81.

Se impulsará un modelo de sustitución? O la globalización se dará por satisfecha no con destruir como el marxismo sino con domesticar al Estado soberano? Esto es, con un margen de autodeterminación dedicado a conflictos locales sin afectar los intereses transnacionales.

En ese sentido, Boaventura de Sousa Santos da cuenta de un proceso de transformaciones del Estado con fortalecimientos en ciertas áreas que en realidad cumplirían una función para otros tipos de intereses que los meramente nacionales. Él entiende que el fortalecimiento y la atención prestada al Estado de derecho y al sistema judicial en las últimas décadas se identifican como “uno de los fenómenos políticos transnacionales más importantes de nuestra época”. Pero su lectura de estos acontecimientos no es la misma que la de los constitucionalistas locales, pues para él dicha tendencia está

estrechamente vinculada con la construcción de una nueva forma de Estado, que puede ser caracterizado como posbenefactor (en los países centrales) o postdesarrollista (en los países periféricos), pero que en cualquier caso es un Estado eficiente y débil, adecuado para complementar la eficaz regulación de la vida social y económica efectuada por los mercados y el sector privado.²⁹

Desde su perspectiva, el Estado se encuentra en una posición débil ante los mercados y el sector privado, los cuales adquieren una capacidad de regulación económica y social sin mayores interferencias por el Estado. En este modelo, las reglas de juego siguen teniendo validez pero ya no se encargan al Estado su principal definición.

Santos observa que se trata de un proyecto hegemónico con prevalencia del capitalismo sobre la democracia con la característica de que el “capitalismo es global y la democracia continúa siendo nacional”. En sus predicciones señala que “es muy im-

²⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, 2009, p. 503.

probable que, a diferencia de otras experiencias del pasado, el Estado de derecho y la justicia apoyen a la democracia en contra del capitalismo”.³⁰

Estas reflexiones de Santos cuestionan si en el debate constitucional latinoamericano las posiciones sobre la reforma del Estado no estuvieron muy centradas en las formas de construir la democracia protegiéndola de los peligros de la arbitrariedad y el autoritarismo, pero descuidándola de aquellos que aún pregonando a favor de la democracia en realidad intercedían a favor de un modelo político acorde con sus intereses económicos.

La importancia que Santos le otorga a la pérdida de la regulación del Estado es tal, que señala:

A mi entender, el actual declive de los poderes reguladores convierte en obsoletas las teorías del Estado que han prevalecido hasta ahora, tanto de origen liberal como marxista. [En su visión] bajo el mismo nombre —el Estado— está emergiendo una nueva forma de organización política más grande, articulada por el propio Estado, y compuesta de un conjunto híbrido de flujos, redes y organizaciones en las que el Estado y el no-Estado, los elementos nacionales y globales se combinan e interpenetran.³¹

Con estas palabras Santos ya constata cambios en el Estado nacional contemporáneo donde las transformaciones de la organización política se encuentran en una relación funcional al modelo capitalista. Este fenómeno es descrito de la siguiente manera:

La relativa miniaturización del Estado dentro de esta nueva organización política normalmente se concibe como la erosión de la soberanía del Estado y de su capacidad reguladora. En realidad, lo que está ocurriendo es una transformación de la soberanía y la emergencia de un nuevo modo de regulación, en el que los bienes públicos hasta ahora producidos por el Estado —legitimidad, bienestar social y económico, seguridad e identidad cultural— son objeto de permanente

³⁰ *Ibidem*, p. 504.

³¹ *Ibidem*, p. 603.

disputa y de una negociación meticulosa entre los diferentes actores sociales bajo la coordinación del Estado. Esta nueva organización política no posee un centro, y de esta manera la coordinación por parte del Estado opera realmente como imaginación del centro. En la nueva constelación política, el Estado es una relación política parcial y fragmentada, abierta a la competencia entre agentes de subcontratación y de franquicias políticas, portadores de concepciones alternativas de los bienes públicos que se han de entregar.³²

Santos nos advierte entonces que el Estado está en un franco proceso de pérdida de su poder homogéneo; pero esta vez no frente a otros Estados en una contienda directa, sino como producto de una competencia abierta entre agentes políticos y económicos donde lo menos relevante es la nacionalidad.

Bajo estas nuevas condiciones, en lugar de un conjunto de instituciones homogéneas, el Estado es un campo de batalla político no regulado en el que las luchas tienen poca similitud con las luchas políticas convencionales. Las diversas formas de fascismo social buscan oportunidades para expandir y consolidar sus propias regulaciones despoticas, convirtiendo de esta manera al Estado en un componente de su esfera privada. Las fuerzas cosmopolitas, a su vez, deben centrarse en modelos de democracia de alta intensidad que comprenden tanto acciones estatales como no estatales, para transformar así al Estado en un componente de una variedad de esferas públicas no estatales. Esta transformación estatal es lo que designo como el Estado como novísimo movimiento social.³³

Santos se involucra en dicha disputa por el Estado y lanza una contraofensiva. Ante la globalización hegemónica neoliberal está la alternativa de la globalización contrahegemónica con énfasis en la emancipación social. En este proyecto ideológico el Estado debe transformarse en función a coordinar

³² *Ibidem*, p. 604.

³³ *Idem*.

las diferentes organizaciones, intereses y redes que han surgido de la desestatización de la regulación social. La lucha democrática es, de esta manera, antes que nada, una lucha por la democratización de las tareas de coordinación. Mientras que antes la lucha consistía en democratizar el monopolio regulador del Estado, hoy en día la lucha tiene que ver con la democratización y la pérdida de tal monopolio.³⁴

Este modelo de Santos donde el Estado adquiere relevancia como “coordinador de organizaciones, intereses y redes” que fueron abiertamente perjudicados por los procesos de ajuste estructural del neoliberalismo presenta inconvenientes que el propio Santos reconoce, pues evidentemente los intereses de estos mismos grupos pueden ser “divergentes, incluso contradictorios”. Con lo cual, la función de coordinar es insuficiente y donde necesariamente se le debe restituir al Estado su capacidad para resolver los conflictos.

Para Santos, la disputa entre el capitalismo y la democracia debe ser resuelta a favor de la última, pero transformado la democracia representativa en una democracia distributiva que se apoye en la participación social. Es así como se fortalecerá la

esfera pública donde el Estado incorpora intereses y organizaciones no estatales cuyas acciones coordina, la democracia redistributiva no se puede limitar a la democracia representativa, ya que ésta fue diseñada para la acción política convencional, es decir, se confinó al dominio del Estado.³⁵

IV. COMENTARIOS FINALES

A pesar de la disputa actual sobre el Estado entre las fuerzas globalizadoras y las contraglobalizadoras, el Estado nacional en Latinoamérica está en condiciones de celebrar con soltura sus 200 años de independencia. Si bien en la comunidad internacional se

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Ibidem*, p. 605.

cuenta con un discurso y una práctica a favor de la paz y el respeto entre Estados, se han dado sin embargo a lo largo de la historia una enormidad de situaciones peligrosas y en ocasiones hostiles para el desarrollo de los Estados libres. Aun así, la soberanía ha recobrado siempre su valor como elemento de conjunción del pueblo. La celebración tiene entonces fundamentos sobrados para festejar la vida en el Estado nacional.

Aunque la soberanía ha experimentado cambios y restricciones, no todas ellas pueden verse como amenazadoras para el desempeño del Estado. Por el contrario, aquellas relacionadas con la evolución de los derechos van modificando el rol del Estado en favor de una mejor defensa de los ciudadanos. En tal sentido, la invariabilidad de la soberanía hubiese sido entendida como perjudicial para el desarrollo del propio Estado.

Las transformaciones que experimenta el Estado se vuelven más visibles en el contexto de la globalización. El Estado no es un ente estático sujeto a una Constitución escrita de la misma forma desde la promulgación de la misma hasta el presente. Tampoco sus transformaciones son meramente dependientes de procesos constituyentes. El Estado se revela como un ente relacional al sistema político y a los flujos económicos, por ello, la función de una Constitución se vuelve esencial para otorgar legitimidad al ejercicio del poder y controlar los influjos indebidos sobre el Estado.

Tanto en la globalización hegemónica como en la contrahegemónica, el actual modelo de Estado resulta insuficiente para sus proyectos. Ambos tienen en común que pretenden transformar al Estado desde posiciones económicas o sociales sin entrar a competir directamente en un sistema representativo nacional. En efecto, las batallas a favor de un flujo seguro y controlado de capital global o en pro de una emancipación social se libran mejor según sus propulsores fuera del contexto formal de la democracia.³⁶ De ahí, el peligro de ambas globalizaciones para el

³⁶ “Los momentos más intensos de legalidad cosmopolita probablemente comportarán acción directa, desobediencia civil, huelgas, manifestaciones, actos orientados a los medios de comunicación, etcétera. Algunos de éstos serán

Estado constitucional. En tanto, el derecho y el sistema constitucional no representen el ámbito lícito de disputas es que el Estado no deberá descuidar el sentido y uso de sus propias transformaciones.

ilegales, mientras que otros se moverán en esferas no reguladas por el derecho estatal. La ilegalidad subalterna puede utilizarse para hacer frente tanto a la legalidad dominante como a la ilegalidad dominante... En las sociedades con poca o ninguna experiencia histórica de legalidad demoliberal resulta improbable que las leyes y los derechos hegemónicos se orienten a un uso no hegemónico”, *ibidem*, pp. 576 y 577.