

ORDOGLOBALISMO. LA INVENCION DE UN ORDEN ECONOMICO INTERNACIONAL Y EL FIN DEL PROYECTO DEL TERCER MUNDO¹

*Quinn Slobodian*²

¹ Versión revisada de una presentación en la Universidad de Sidney, en un encuentro sobre “Escalas de la economía”, en julio de 2016. Traductores: Aldo Avelaneda y Guillermo Vega.

² Profesor Asociado, Wellesley College, Boston Massachusetts.

³ “Donald J. Trump Foreign Policy Speech”, 27 Apr 2016. Disponible en: <https://www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-foreign-policy-speech> (Acceso, 19 de julio de 2016).

⁴ “Where are we now? Responses to the referendum”, London Review of Books, 16 de junio de 2016.

ENVOLTURA Y NO LIBERACIÓN DE LOS MERCADOS

Resulta difícil pensar en dos personas con tantas diferencias como el historiador de arte marxista inglés T.J. Clark y la estrella de reality shows, vendedor de bienes raíces y presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump. Sin embargo, hay algo en los comentarios recientes que ambos han hecho que refleja un *Zeitgeist* compartido. En un discurso sobre política exterior, en abril de 2016, Trump denunció lo que denominó “la falsa canción del globalismo”, poniendo en circulación un término más a menudo limitado a los sitios de redacción académica y conspiración libertaria³. Su ataque a la cooperación internacional es una parte de sus continuas críticas a los tratados comerciales, incluida la propuesta del Acuerdo Transpacífico (en inglés TPP), la OMC y, especialmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). La posición de Trump equivale a rechazar la idea de que la soberanía nacional debiera estar restringida de algún modo, y afirma que el unilateralismo es el privilegiado, si no directamente la única manera en que los Estados Unidos puedan ejercer influencia en el mundo de “América Primero”. T.J. Clark, por su parte, justificó su voto afirmativo en el Brexit al citar el compromiso indisoluble de la Unión Europea con lo que denominó el “estado neoliberal de derecho” en la versión de la UE de la Asociación Transpacífico, la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)⁴. El propio ataque a la TPP desde la izquierda por parte del candidato demócrata Bernie Sanders llevó a la eventual nominada, Hilary Clinton, a solapar su propio apoyo, un movimiento notable para alguien cuyo marido encabezó los acuerdos comerciales globales en la década de 1990. Aunque los historiadores han aprendido a no diagnosticar sobre la marcha, se siente un cambio en el sentido común. El descontento con la economía global se está incubando, de modo sorprendente, no en el campo de las finanzas, donde las regulaciones sobre la deuda de los consumidores y los mercados financieros pueden marcar una diferencia a mediano plazo, sino en el comercio, donde los observadores tradicionales han descrito durante mucho tiempo la re-división internacional del trabajo

⁵ Ver, por ejemplo, Philip Stephens, "Brexit: a vote that changes everything", *Financial Times*, 24 de junio de 2016.

⁶ Aunque se podría argumentar que Trump usó residuos industriales (latas de aluminio trituradas) en una instalación de chatarra en el antiguo pueblo de acero de Monessen, el discurso de Pennsylvania como telón de fondo fue un interesante intento de metonimia.

⁷ En su versión literal, Thomas L. Friedman, *The world is flat: a brief history of the twenty-first century* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005).

⁸ Ver M. Sornarajah, *Resistance and change in the international law on foreign investment* (New York: Cambridge University Press, 2015).

⁹ E.U. Petersmann, *International economic law in the 21st century: constitutional pluralism and multilevel governance of interdependent public goods* (Portland, OR: Hart, 2012), p. 150.

¹⁰ Arie Reich, "From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations", *Northwestern Journal of International Law & Business* 17, No. 1 (Invierno de 1997).

como un proceso tan irreversible como la fusión de los glaciares. Los comentaristas han interpretado tanto el resultado del Brexit como la popularidad de las plataformas de Trump y Sanders como un "voto en contra de la globalización"⁵. Sin embargo, con la notable excepción de los grupos de supuestos inmigrantes no blancos, los rostros del enemigo en esta revuelta no han sido entidades económicas sino legales: los tratados comerciales mencionados anteriormente. Esto se debe, sin duda y en parte, a la notoria dificultad en ver o representar la totalidad de la economía mundial⁶. Pero también es notable porque pone de relieve algo que a menudo se ha excluido de la globalización desde la década de 1990: el papel crítico que juega el derecho.

Los principales relatos a menudo definen la globalización desde la década de 1990 como mercados liberados. Los resultados de la búsqueda de imágenes de Google para "globalización" representan, a menudo en una pantalla sobre fondo azul, un globo terráqueo surcado por vectores parecidos a un láser, que circulan más allá de las restricciones territoriales e institucionales. El nuevo mundo es plano, como una recurrente metáfora lo señala⁷. El capital y los bienes, si no las personas, fluyen de acuerdo con la lógica de la demanda, cada vez más liberados de las trabas de la regulación y la restricción. Sin embargo, esto nunca fue cierto. La economía mundial no se liberó después de 1989 en el sentido de un escape hacia un espacio no gobernado. Más bien, fue cada vez más legalizada, y pasó progresivamente de la supervisión de los gobiernos a la supervisión de la ley. La desregulación siempre significó la re-regulación en medio de formas proliferantes de gobernanza multinivel, junto a un derecho duro y blando a la vez. Para citar solo un ejemplo, los tratados bilaterales de inversión, firmados por primera vez entre Alemania Occidental y Pakistán en 1959, han aumentado de 500 en 1990 a más de 3000 en la actualidad⁸. La OMC, como veremos, fue en sí misma una ampliación del patrón de partes clave de la Unión Europea. El supuesto "mundo plano" de la globalización es una maraña de leyes de comercio, tribunales de arbitraje, acuerdos y tratados de protección de inversionistas. El texto de la propia OMC tiene, como señala un experto, más de 25 000 páginas⁹. Demasiado para el final de la burocracia en una era de "desregulación". Más allá del campo del derecho, muchos académicos críticos han pasado por alto el proceso que un erudito ha llamado "la juridicización de las relaciones comerciales internacionales"¹⁰. Esto se

¹¹ Un rol importante juega en esto el mal uso de la crítica de Karl Polanyi de la ideología del “mercado auto-regulado”. La doctrina neoliberal, en especial en el modo ordoliberal alemán, tiene mucho más en común con la propia idea de Polanyi de “enraizamiento” de lo que usualmente es reconocido [Nota de los traductores: traducimos el término embeddedness por “enraizamiento” para seguir la variante propuesta en las traducciones del propio libro de Polanyi].

¹² Ver Ernst Joachim Mestmäcker, *Die sichtbare Hand des Rechts* (Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft, 1978).

¹³ Carl Schmitt, *El nomos de la tierra*, (Editorial Stru- hart & Cia, 2005) pp. 26-28.

¹⁴ Pueden verse sus comentarios sobre Schmitt en un texto citado a menudo por los recientes defensores del IEL. Ver Wilhem Röpke, *Economic Order and International Law* (Leiden: A. W. Sijthoff, 1955), p. 231.

¹⁵ Las referencias a este momento de La Odisea son demasiado numerosas en los escritos del IEL como para indicarlas aquí.

debe, en parte, a un malentendido de la ideología que se dice que modela la fase más reciente de la globalización, es decir, la filosofía del neoliberalismo. La mayoría diría que si los liberales creen en algo, ese algo es la liberación de los mercados¹¹. Sin embargo, esto también es falso. Los liberales, a través de los cuales me refiero a una genealogía de pensamiento autoidentificada que se extiende desde el Coloquio Walter Lippmann de 1938 hasta el ministro de Finanzas alemán Wolfgang Schäuble, no creen en la liberación sino en el recubrimiento de los mercados. El recubrimiento o la protección se organiza no solo por el Estado sino, fundamentalmente, por un derecho entendido a nivel global. Este no es solo el derecho internacional público entre los estados, sino también el derecho internacional privado que protege a los individuos, las corporaciones y la síntesis de ambos en el llamado Derecho Económico Internacional (en inglés IEL) en auge desde los años ochenta. Los liberales, especialmente aquellos que refiero como la Escuela de Ginebra, en oposición a la Escuela de Chicago, comparten una creencia fundamental en la necesidad de lo que denominan la mano visible de la ley como el complemento necesario para la mano invisible del mercado¹². El jurista alemán Carl Schmitt ofreció una esquemática y útil geografía del imaginario económico mundial neoliberal en su libro de 1950, *El nomos de la Tierra*. Describió la división de la tierra entre el mundo político de los estados y el espacio económico de los mercados como el proyecto liberal del siglo XIX, que separa el imperium (la jurisdicción de los estados soberanos), del dominium (el control de la propiedad)¹³. Mientras Schmitt criticaba esta escisión, un referente del neoliberalismo, Wilhelm Röpke, la elogiaba¹⁴. La creencia en el mundo duplicado del capitalismo –imperium y dominium– ha sido una creencia central del movimiento intelectual neoliberal desde la década de 1930 en adelante, y también es una creencia que estructura el campo del Derecho Económico Internacional. En otros términos, la figura neoliberal clave de los mitos griegos no es Prometeo, que representa la liberación de la innovación y el genio empresarial, sino Ulises amarrado al mástil, la atadura de los Estados soberanos que impide su interferencia en el espacio legalmente regulado de las transacciones comerciales¹⁵.

Los más lúcidos observadores académicos de los aspectos jurídicos de la globalización neoliberal se encuentran en las ciencias políticas y los estudios legales. La categoría “nuevo constitucio-

¹⁶ Stephen Gill, "New constitutionalism, democratisation and global political economy", *Pacific Review: Peace, Security & Global Change* 10, No. 1 (1998). Ver además la excelente colección editada por Stephen Gill y A. Claire Cutler, eds., *New constitutionalism and world order* (New York: Cambridge University Press, 2014).

¹⁷ A. Claire Cutler, *Private power and global authority: transnational merchant law in the global political economy* (New York: Cambridge University Press, 2003).

¹⁸ David Schneiderman, *Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise* (New York: Cambridge University Press, 2008), 2.

¹⁹ Ver Wolfgang Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism* (New York: Verso, 2014). Christian Joerges, "Integration through law and the crisis of law in Europe's emergency", in *The end of the Eurocrats' dream: Adjusting to European diversity*, ed. Damian Chalmers, Markus Jachtenfuchs and Christian Joerges (New York: Cambridge University Press, 2016); Fritz W. Scharpf, "The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market economy'", *Socio-Economic Review* 8 (2010).

²⁰ François Denord, Rachel Knaebel and Pierre Rimbart, "Germany's iron cage", *Le Monde Diplomatique* (Aug 10-16, 2015). La idea de una "integración a través del derecho" es identificada con el actual presidente del Instituto Universitario Europeo en Florencia, Joseph Weiler. Ver Mauro Cappelletti, Monica Seccombe, and Joseph Weiler, eds., *Integration through law: Europe and the American federal experience* (New York: W. de Gruyter, 1985).

nalismo", de Stephen Gill, ofrece una etiqueta útil para los diversos esfuerzos por reescribir las formas estatales y legales a fin de "asegurar" los derechos de propiedad y otras políticas favorables al capital móvil transnacional¹⁶. A. Claire Cutler rastrea el surgimiento de una nueva *lex mercatoria* diseñada para proteger la distinción público/privado contra los esfuerzos de control democrático y la redistribución¹⁷. David Schneiderman observa una función similar en el régimen de protección de inversiones, al que denomina el "socio institucional" del neoliberalismo¹⁸. En el caso de Europa, el trabajo de Wolfgang Streeck, Christian Joerges y Fritz Scharpf se ha esforzado en equipar a una crítica de izquierda como la de T.J. Clark con el fin de ver a la UE como una "federación hayekiana" gobernada por "eurócratas" diseñados para volver imposible el avance de una versión socialdemócrata redistributiva de Europa¹⁹. En una crítica a la UE que también podría aplicarse a los críticos de la OMC, el TLCAN y otros tratados, la aclamada "integración a través de la ley" se considera la construcción de una "jaula de hierro" diseñada para desviar la soberanía popular de cualquier proyecto de justicia social o de redistribución²⁰.

Todo esto para decir que Trump y Clark pueden estar equivocados en asuntos puntuales y en sus políticas, pero tienen razón al poner de relieve los aspectos legales de la globalización que a menudo existen únicamente en un trasfondo. Traen una crítica de una versión particular del estado de derecho que solo ha circulado en los márgenes más cercanos a la corriente principal. Ambos atacan a dos instituciones actualmente asediadas, pero centrales al orden posterior a la Guerra Fría: la OMC, creada en 1995, y la UE, en 1992. Las preguntas importantes son si estas instituciones reflejan la aplicación consciente de lo que Clark llama "estado neoliberal de derecho", y qué significa realmente tal cosa.

Comprender este momento histórico nos obliga a ir más allá de los argumentos esgrimidos por los académicos que acabamos de nombrar. Tomando los términos de los científicos políticos que trabajan en el campo de la historia intelectual, una determinada idea se comprende o como una variable sin necesidad de explicar el contexto de su emergencia o simplemente se la asume como el producto necesario de una coyuntura particular. Así es en el tratamiento que Gill hace de las ideas de F.A. Hayek y James M. Buchanan y lo es también para las ideas de Hayek en el trabajo de Streeck. En estos casos se ofrece una historia intelectual de inferencia o afinidad más que de evidencia, que resulta deficien-

²¹ Peter A. Hall, ed., *The Political power of economic ideas: Keynesianism across nations* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1989).

²² Tweet del 4 de junio de 2016.

²³ Peter Sutherland, Director General del GATT, "A New Framework for International Economic Relations", Tercera Conferencia Conmemorativa de Hayek, Instituto de Asuntos Económicos, Londres, 16 de junio de 1994. GATT/1640.

te para una clara genealogía de lo que se ha denominado "el poder político de las ideas económicas"²¹. Para dar un ejemplo ligeramente frívolo, este perezoso movimiento explicativo se encuentra bien ilustrado en el tuitero anónimo @FriedrichHayek, quien recientemente se opuso a la consideración de Hayek como el supuesto arquitecto de la Unión Europea *avant la lettre*, diciendo que "no hay un vínculo causal directo, las ideas cambian la opinión pública que cambia las instituciones, es indirecto"²².

La noción de causalidad indirecta se hace eco del uso que el mismo Hayek hacía de esta, para referir a la influencia de largo plazo de los intelectuales o "traficantes de ideas de segunda mano", como los llamaba, y por supuesto, también de la cita por siempre repetida de Keynes acerca de que todos somos "esclavos de algún economista difunto" – que amenaza a ser el equivalente al Ángel de la Historia de Walter Benjamin, para el conjunto del pensamiento económico– un pasaje de un molino de plegarias que sustituye a la profundidad. Querría argumentar que esta idea de un goteo ideacional (trickle-down) –o su opuesto (trickle-up)– lo hace demasiado fácil para los académicos, a la vez que amenaza volver a los historiadores obsoletos y a los archivos incomparables.

Después de todo, la creencia de @FriedrichHayek de que no hay historia para escribir es a menudo una conclusión a la que se llega sin investigación. Hay rastros, y a menudo se pueden rastrear. El resto de este escrito se organiza en torno a un caso. En junio de 1994, seis meses antes de que 123 naciones firmaran el acuerdo para crear la OMC, que sigue siendo hasta la fecha el logro más alto del Derecho Económico Internacional, su futuro director Peter Sutherland pronunció la Tercera Conferencia Conmemorativa de Hayek en el Institute of Economics Affairs de Londres. "Los redactores del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en inglés GATT), y más recientemente de la OMC", dijo Sutherland, "se basaron en dos de las ideas centrales de Hayek: el papel del sistema de precios en la transmisión de información y la importancia del estado de derecho"²³.

Así expuesta, esta es una declaración sorprendente. ¿Puede ser realmente que la OMC fuera una aplicación directa de las ideas de Hayek? ¿No sería esta una validación extraordinaria de los argumentos presentados en los últimos años sobre la influencia de lo que Dieter Plehwe y Bernhard Walpen llamaron por primera vez el Colectivo de Pensamiento Neoliberal (Denkkollektiv) en

²⁴ Philip Mirowski and Dieter Plehwe, eds., *The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009). Bernhard Walpen, *Die offenen Feinde und ihre Gesellschaft. Eine hegemonietheoretische Studie zur Mont Pelerin Society* (Hamburg: VSA-Verlag, 2004).

²⁵ E.U. Petersmann, "The establishment of a GATT Office of Legal Affairs and the limits of 'public reason' in the GATT/WTO dispute settlement system", in *A history of law and lawyers in the GATT/WTO: The development of the rule of law in the multilateral trading system*, ed. Gabrielle Marceau (New York: Cambridge University Press, 2015).

²⁶ *Ibid.*, 184.

²⁷ Olivier Long, "International Trade under Threat: a Constructive Response", *World Economy* 1, No. 3 (1978): 257.

²⁸ *Ibid.*, 256.

²⁹ John H. Jackson, "Crumbling Institutions of the Liberal Trade System", *Journal of World Trade Law* (1978): 95. Ver *World trade and the law of GATT* (Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill, 1969).

torno a la Sociedad Mont Pèlerin?²⁴ ¿O esa conclusión provocaría un cortocircuito en un rango de otras posibilidades e hipotecaría futuros posibles? ¿Qué perdemos cuando abandonamos una categoría con potencial político? Para responder a esto, exploraré el auge de los discursos sobre el estado de derecho en el GATT y la OMC desde la década de 1970 a lo largo de la línea divisoria de los competidores imaginarios del Norte y el Sur globales.

AMPLIANDO EL ESTADO DE DERECHO DE EUROPA AL MUNDO

Los discursos sobre el derecho demoraron en comenzar en el GATT. Aunque todos sus directores eran abogados experimentados, el estilo preferido en Ginebra fue la diplomacia económica y la negociación ad hoc. El GATT no tuvo un departamento de asuntos legales hasta 1983, en un momento en que ya el Banco Mundial empleaba a cien juristas²⁵. Cuando se fundó, el equipo legal de tres personas incluía dos antiguos alumnos de Hayek, graduados en la Universidad de Friburgo, Ernst-Ulrich Petersmann y Frieder Roessler. Petersmann, reconocido como una de las principales figuras en IEL, dijo –en retrospectiva– que la división legal del GATT parecía "ofrecer una oportunidad única para promover la transformación de las políticas comerciales estatalmente orientadas en un Estado de Derecho transnacional²⁶. La mutación epocal del GATT en la OMC solo doce años después de la fundación del departamento legal muestra el éxito rápido y extraordinario de esta campaña.

¿Por qué el discurso del Estado de Derecho llegó al GATT? ¿Cuándo lo hizo? En 1978, el director general suizo del GATT, Oliver Long, invocó por primera vez el término en un discurso público en un think tank londinense, el Centro de Investigaciones de Políticas Comerciales (en inglés TPRC)²⁷. Argumentó a favor de "la necesidad de una reafirmación del estado de derecho en el comercio internacional". Long avaló la propuesta realizada por el jurista americano John H. Jackson en otro discurso en el TPRC durante el año anterior, y la necesidad de desarrollar alguna forma para impedir que los gobiernos "ignoren o esquiven las reglas del GATT²⁸". En la década del 70, Jackson, quien en 1969 había escrito lo que usualmente es denominado la "Biblia del GATT", estaba trabajando con la Sociedad Americana de Derecho Internacional para apuntalar lo que llamó la "endeble base constitucional" del GATT y salvar "las desmoronadas instituciones del sistema de comercio liberal"²⁹.

³⁰ David Kennedy, "The International Style in Postwar Law and Policy: John Jackson and the Field of International Economic Law", *American University International Law Review* 10, No. 2 (1995): 672.

³¹ Jackson, "Crumbling Institutions of the Liberal Trade System", 102.

³² Algunos trabajos ya lo han insinuado, por ejemplo Giuliano Garavini, *After Empires: European Integration, Decolonization, and the Challenge from the Global South 1957-1986* (New York: Oxford University Press, 2012). Vanessa Ogle, "State Rights against Private Capital: The 'New International Economic Order' and the Struggle over Aid, Trade, and Foreign Investment, 1962-1981", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 5, No. 2 (Summer 2014): 212; Umut Özsü, "Neoliberalism and the New International Economic Order: A History of 'Contemporary Legal Thought'", in *In Search of Contemporary Legal Thought*, ed. Christopher L. Tomlins and Justin Desautels-Stein (Cambridge, UK: Cambridge University Press, forthcoming). Vanessa Ogle, "State Rights against Private Capital: The 'New International Economic Order' and the Struggle over Aid, Trade, and Foreign Investment, 1962-1981", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 5, No. 2 (Summer 2014): 212; Umut Özsü, "Neoliberalism and the New International Economic Order: A History of 'Contemporary Legal Thought'", in *In Search of Contemporary Legal Thought*, ed. Christopher L. Tomlins and Justin Desautels-Stein (Cambridge, UK: Cambridge University Press, forthcoming). Antony Anghie, "Legal Aspects of the New International Economic Order", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 6, No. 1 (Spring 2015): 154. Más aún, como Martti Koskenniemi señala, la historia de la OMC como institución "está por escribirse". Martti Koskenniemi, "Expanding Histories of International Law", *American Journal of Legal History* 56(2016): 107. Steve Charnovitz también argumenta que "la historia intelectual de este entorno [del IEL] aún debe ser escrita". Steve Charnovitz, "Triangulating the World Trade Organization", *The American Journal of International Law* 96, no. 1 (2002): 44. Para una perspectiva que minimiza la importancia de la decolonización pero que ofrece una genealogía ordoliberal convincente para el derecho internacional de inversiones, ver Ntina Tzouvala, "The Ordo-liberal Origins of Modern International Investment Law: Constructing Competition on a Global Scale", *European Yearbook of International Economic Law* (forthcoming).

³³ Citado en E.U. Petersmann, "Das neue Recht des Nord-Süd-Handels", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1972): 374. El estudio oficial sobre este tema fue encargado por el TPRC. Robert E. Hudec, *Developing countries in the GATT legal system* (London: Rowman & Littlefield, 1987).

Reconocido como inventor del derecho comercial contemporáneo y como figura relevante del derecho económico internacional³⁰, Jackson vio, en la década del 70, dos fuentes principales de erosión del orden basado en reglas. Por un lado, había países industrializados del Norte usando una multitud de medidas "neoproteccionistas" para evitar la competencia de economías nacientes, como Japón; por otro, existía el amplio grupo de naciones recientemente decolonizadas que, tal como él señaló, "disfrutaban su estatus actual de mayoría en muchas organizaciones, cuando la votación sigue un sistema de una nación, un voto", y lo emplearon para asegurar el deterioro del régimen basado en reglas. Lo que quizá parece una ampliación saludable del principio democrático a nivel del gobierno internacional fue, para Jackson, un obstáculo al orden. Señaló: "hoy en día no hay casi posibilidades de que se desarrolle una autoridad significativa para la creación de normas en ningún cuerpo internacional que base sus procedimientos en el sistema de "una nación, un voto"³¹.

El objetivo de Jackson para las naciones en desarrollo, que en ese momento representaban una fracción del comercio mundial, puede parecer equivocado, sin embargo, es completamente emblemático del campo emergente de la reforma de IEL y el GATT en la década del 70. De hecho, se puede decir simplemente que el imaginario económico mundial de los países en desarrollo –representado por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (en inglés UNCTAD) y el G-77– fue el Otro contra el que se definió el campo neoliberal del IEL³². La razón de ello no fue simplemente un crudo neocolonialismo o suprematismo cultural, sino una reacción violenta contra las concesiones que el Sur Global había ganado en la década del 60 y sus demandas cada vez más estridentes de la década del 70 para un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI). A través de la producción de conocimiento persuasivo, diplomacia efectiva y movilización colectiva, las naciones del Sur Global organizadas como G-77 habían asegurado primero la llamada Parte IV (1966) y después el Sistema Generalizado de Preferencias (en inglés GSP, 1969) que efectivamente las liberó de las disciplinas del GATT. Esto fue el centro de lo que se conoció en el régimen de comercio mundial como "tratamiento especial y diferenciado" para países en desarrollo, lo que explica el hecho de que, como lo expresó un representante de la India, "el tratamiento igualitario solo es equitativo entre iguales"³³.

³⁴ La excepción aquí fueron los productos agrícolas de las antiguas colonias africanas, caribeñas y del Pacífico (ACP) que recibieron acceso preferencial al mercado de la CE en virtud de una serie de acuerdos legales, incluida la Convención de Lomé de 1975, y que constituyen otro tormento de la gente de IEL sobre los que puedo decir más en Q&A.

³⁵ Ver, por caso, W.M. Corden, *The NIEO proposals: A cool look* (London Trade Policy Research Centre, 1979). Staffan Burenstam-Linder, "How to Avoid a New International Economic Disorder", *The World Economy* (1980): 275-85.

³⁶ "CBE for FT's Economics Commentator", *Financial Times*, 13 de diciembre de 2000.

³⁷ Martin Wolf, "Two-edged sword: Demands of developing countries and the trading system", in *Power, passions, and purpose: Prospects for North-South negotiation*, ed. Jagdish Bhagwati and John Gerard Ruggie (New York: Columbia University Press, 1984), 202.

³⁸ Brian Scott, *Has the cavalry arrived?: A report on trade liberalisation and economic recovery* (London: Trade Policy Research Centre, 1984), 78.

³⁹ E.U. Petersmann, "The Changing Structure of International Economic Law by Themaat, P. Ver Loren van", *Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 17, No. 4 (1984): 503.

Las victorias fueron tibias. La exclusión de la agricultura del GATT significó que las exportaciones primarias de muchos países del Sur Global aún enfrentarían los subsidios y proteccionismo de EE.UU. y la CE³⁴. Pero lo que a muchos pareció una concesión razonable a las demandas de desarrollo mixto y de la dependencia debida a la falta de acceso a mercados seguros de ultramar, golpeó a los defensores de las reformas de IEL y GATT como el núcleo indefendible de la decadencia de una economía global basada en reglas. El TPRC, en particular, y su revista interna, *The World Economy*, se convirtieron en una casa de cambios de críticas mordaces del NOEI en las décadas del 70 y comienzos del 80.³⁵

Uno de los críticos más incisivos de la época fue uno de los comentaristas económicos más influyentes de la actualidad, Martin Wolf, del *Financial Times*. Después de iniciada su carrera en el Banco Mundial en 1971 (donde fue coautor de su primer Informe sobre el Desarrollo Mundial con el futuro presidente de la Sociedad Mont Pèlerin, Deepak Lal), Wolf fue director de estudios en el TPRC en 1981 por seis años antes de comenzar en el *Financial Times*³⁶. En el TPRC, Wolf ayudó a articular la versión del estado de derecho del IEL dirigida a lo que en 1984 criticó como "el deseo de los países en desarrollo de crear un mundo en el que un grupo de naciones tenga la mayoría de las obligaciones y otro la mayoría de los derechos"³⁷. Al elegir no participar en las disciplinas del GATT, Wolf y otros sostuvieron que los países en desarrollo estaban socavando el estado de derecho. Tal como sostenía un informe del TPRC que Wolf ayudó a escribir en 1984, "los países en desarrollo han estado involucrados en un ataque sostenido a los principios liberales del sistema de comercio internacional"³⁸. En contra de un tratamiento especial y diferenciado, el objetivo de IEL fue promover la idea de una sola regla para todos en el mundo económico.

¿Qué era necesario a los fines de lograr el estado de derecho para la economía mundial, de acuerdo a los defensores de IEL? Dos cosas: en primer lugar, el uso del término de Hayek, isonomía o igualdad ante la ley. Debería haber una consistencia y universalidad en las reglas por las que los inversores pudieran tomar decisiones razonablemente informadas en la economía mundial. Como lo expresó Petersmann, en una cita de Hayek que repetía a menudo: "Es la esencia del pensamiento legal... que el jurista se esfuerza por hacer que todo el sistema sea consistente"³⁹. En esta línea de argumentación, que fue también influida por la lectura idiosincrática de Hayek sobre la cibernética, las desviaciones de

⁴⁰ Laurent Warlouzet, "The rise of European competition policy, 1950-1991: A cross-disciplinary survey of a contested public sphere", EUI Working Paper RSCAS 2010, No. 80 (2010): 6.

⁴¹ Laurent Warlouzet and Tobias Witschke, "The Difficult Path to an Economic Rule of Law: European Competition Policy, 1950-91", *Contemporary European History* 21, No. 3 (2012): 450. Las leyes de competencia europea han generado una vasta literatura enfocada en el poder de las ideas en las instituciones. Ver e.g. Antoine Vauchez, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity* (New York: Cambridge University Press, 2015). Hubert Buch-Hansen and Angela Wigger, *The politics of European competition regulation: a critical political economy perspective* (New York: Routledge, 2011). David J. Gerber, "Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the 'New' Europe", *The American Journal of Comparative Law* 42, No. 1 (Winter 1994).

⁴² Martin Wolf, "Dividing the Sheep from the Goats: Protectionism, the European Community and the Third World", *Irish Studies in International Affairs* 1, No. 4 (1984): 65.

la igualdad formal en los márgenes de la economía mundial podrían tener efectos no deseados y de expansión en todo el sistema. Así, el Tercer Mundo presentaba una amenaza desproporcionada al sistema con respecto a su volumen de comercio. La desviación de la regla podría precipitar un fallo del sistema. La segunda característica del estado de derecho consistió en ser un instrumento de revisión judicial y ejecución (enforcement). La Comunidad Europea fue el formato al que atendieron muchos juristas económicos internacionales. Esto fue superficialmente sorprendente ya que los neoliberales alrededor del TPRC condenaron a la Comunidad Europea a lo largo de la década del 70 por su política agrícola, sus acuerdos comerciales preferenciales con antiguas colonias y su frecuente recurso a medidas proteccionistas. A pesar de todo, como ha sostenido un académico, la integración europea siempre ha sido "una competencia entre varios proyectos de Europa"⁴⁰. En la década del 80, los neoliberales aprendieron a amar una parte de Europa cuando (re)descubrieron el hecho de que la ley de competencia de la CE, inactiva por mucho tiempo y bajo el control de los comisionados socialdemócratas, podría ser una manera efectiva de realizar el Mercado Común a través del ataque a los subsidios a empresas públicas y el forzamiento de la liberalización del comercio, así como eventualmente de los mercados de capitales⁴¹. Lo más importante desde un punto de vista ligado al estado de derecho era que Europa tenía una autoridad legal. Wolf señaló que tanto el GATT como la CE eran "sistemas legales". La mayor diferencia, sin embargo, radicaba en que Europa tenía el Tribunal de Justicia Europeo (en inglés ECJ) como una "autoridad judicial supranacional" y el GATT solamente disponía de consultas, las que requerían consenso y no eran obligatorias para los involucrados. Para Wolf, como para muchos otros defensores del IEL, el Tribunal de Justicia Europeo (siglas en inglés, ECJ) fue "el elemento único en la idea de Europa"⁴². Lo que los entusiasmó fue que la legislación europea era "directamente efectiva" en los estados nación. Esto significó que los ciudadanos individuales –y "personas jurídicas" (una categoría que incluía fundamentalmente corporaciones)– podrían apelar a la legislación europea en sus tribunales locales. Para una cohorte influyente de diseñadores de la OMC, el objetivo era ampliar esta "idea europea" desde el continente hasta la economía mundial, convirtiendo la OMC en una "constitución comercial" en la que el

⁴³ El más importante defensor de esta perspectiva es Petermann. Ver, entre otros artículos repetitivos, E.U. Petersmann, "How to promote the international rule of law? Contributions by the World Trade Organization appellate review system", *Journal of International Economic Law* 1, No. 1 (1998).

⁴⁴ Buch-Hansen and Wigger, *The politics of European competition regulation: a critical political economy perspective*, 80. John Gillingham, *European integration, 1950-2003: Superstate or New Market Economy?* (New York: Cambridge University Press, 2003), 251.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Peter Sutherland, "What the Uruguay Round means for Business. Address to the Federation of Belgian Companies". 13 Sep 1994. GATT, GW/06; Sutherland, "Freer Trade, Freer Choice – How the Uruguay Round result helps consumers". Consumers for World Trade Award Dinner, 21 de junio de 1994. GATT/1641; Peter Sutherland, "Europe in the New Global Trading System". Todas formuladas en Dublin al Comité Social y Económico de la Unión Europea, 13 de junio de 1994. GATT/1637.

⁴⁶ GATT. Acta resumida de la Tercera Reunión celebrada en el Centro Internacional de Conferencias, Ginebra, el viernes 9 de diciembre de 1994. 8 de febrero de 1995. GATT, SR.50/3.

⁴⁷ F.A. Hayek (2013), *Los fundamentos de la libertad*, Buenos Aires: Unión Editorial, p. 313.

Órgano de Solución de Disputas y el Órgano de Apelación actuarían como equivalentes del Tribunal de Justicia Europeo⁴³.

El flujo de personal desde Bruselas a Ginebra fue directo. La primera persona en distinguirse por el uso agresivo de la ley de competencia europea en la década del 80 no fue otro que el propio Sutherland, quien fue Comisionado de Competencia desde 1985 y por cuatro años más antes de asumir la dirección en el GATT y, luego, en la OMC⁴⁴. Sutherland llevó consigo su activismo legal a Ginebra. La invocación del "estado de derecho en las relaciones económicas internacionales" fue su propósito de conversación más consistente mientras viajaba por el mundo intentando convencer a los gobiernos nacionales para que ratifiquen el acuerdo con la OMC⁴⁵. En diciembre de 1994, Sutherland usó el lenguaje preciso que Oliver Long tenía en 1978 cuando dijo que el logro de la OMC era "reafirmar el estado de derecho en las relaciones comerciales y económicas"⁴⁶. La introducción de nuevos campos –incluidos servicios y propiedad intelectual– en las disciplinas del GATT transformado, y de nuevos actores –en los antiguamente "privilegiados" países desarrollados– bajo el paraguas del procedimiento de Resolución de Disputas, significó que las demandas del estado de derecho –isonomía, revisión judicial y ejecución– habían sido realizadas.

3. ¿QUÉ ES LO OPUESTO AL ESTADO DE DERECHO? ¿EL UNILATERALISMO O LA JUSTICIA SOCIAL?

¿Fue la OMC realmente la realización de la visión de Hayek del estado de derecho como Sutherland afirma? Es útil dar una mirada al propio trabajo de Hayek para chequear esta afirmación. En su discurso, Sutherland cita al Hayek de *Los fundamentos de la libertad* en el sentido de que "qué tan bien funciona el mercado depende del carácter de reglas particulares". En la siguiente página del libro, Hayek señala un punto clave cuando dice que la aplicación del principio a "casos concretos... misión más propia del jurisperito que del economista"⁴⁷. En este libro de 1960, escrito en Chicago poco antes de trasladarse a Friburgo, Hayek ya señala un giro en su propio trabajo al privilegiar al experto legal antes que al económico, como figura clave en la producción de un orden neoliberal. En *Los fundamentos de la libertad*, tanto como en los libros que le siguen, Hayek deja absolutamente en claro que, a pesar de los malentendidos de su trabajo, él nunca imaginó un estado pe-

⁴⁸ Ibid., p. 304.

⁴⁹ Ver Viktor J. Vanberg, "Friedrich A. Hayek und die Freiburger Schule", *ORDO* 54(2003): 3-20; Stefan Kolev, "F.A. Hayek as an Ordo-Liberal", *HWWI Research*, No. 5-11 (2010). Para una opinión contraria, ver Manuel Wörsdörfer, "Von Hayek and Ordoliberalism on Justice", *Journal of the History of Economic Thought* 35, No. 3 (2013): 309.

⁵⁰ Raewyn Connell and Nour Dados, "Where in the world does neoliberalism come from?", *Theory and Society* 43, No. 2 (2014).

⁵¹ Discurso del señor Abdelkader Lecheheb, Representante Permanente Adjunto, Marruecos, GATT. SR.50/ST/12. 22 de diciembre de 1994.

queño, débil, retrógrado o no intervencionista.

El término que Hayek emplea para determinar si una política es permisible o no, no es otro que "estado de derecho". Tal como escribe, "el imperio de la ley nos facilita el módulo para distinguir qué medidas son conformes y cuáles disconformes con un sistema de economía libre"⁴⁸. Esta formulación repite muy de cerca las de Röpke y Walter Eucken sobre la distinción entre medidas "conformes al mercado" (marktkonform) y "no conformes al mercado" –una binariedad que es ampliamente entendida como constitutiva y central de la variedad alemana de neoliberalismo denominada "ordoliberalismo". Al igual que otros historiadores que lo han leído muy atentamente, encuentro indiscutible que (a pesar de algunas opiniones diferentes) Hayek pueda ser considerado a sí mismo un ordoliberal con respecto a la centralidad que el derecho y el estado tienen al ordenar activamente el espacio de la economía⁴⁹. La visión normativa de Hayek del estado de derecho contenía las características gemelas de isonomía y revisión judicial mencionadas anteriormente. Sin embargo, permaneció dubitativo luego de la década de los 40 en lo que respecta a la ampliación de instituciones legales y gubernamentales a un nivel global. Al dar el salto que dieron, uno podría describir a los defensores de IEL como abogando por una filosofía de ordoglobalismo que promulga, en efecto, un "estado de derecho neoliberal" no solo a través de las instituciones europeas, sino también de la OMC.

Es importante señalar, sin embargo, que la idea del estado de derecho en el mundo de la economía no tuvo éxito a través de la imposición directa en el Sur Global, ni podría haberlo tenido. Raewyn Connell y Nour Dados han resuelto convincentemente el tema acerca de cómo el lenguaje del neoliberalismo alcanzó apoyo global al necesitar atender las condiciones bajo las cuales los países en desarrollo adoptaron sus términos clave por sí mismos⁵⁰. En efecto, la categoría estado de derecho resonó en muchos delegados del mundo en desarrollo puesto que ofrecía al menos el escape potencial de la autoridad de las medidas unilaterales y arbitrarias de los países ricos. Hablando en la ceremonia de la reunión de Marrakesh, donde fue firmado el acuerdo de la OMC en 1994, el rey de Marruecos, Hassan II, dijo que: "Al crear la OMC, hoy estamos consagrando el estado de derecho en las relaciones internacionales económicas y comerciales, colocando así las reglas y disciplina universales sobre las tentaciones del unilateralismo y de la ley de la selva"⁵¹.

⁵² Discurso del Ministro de Asuntos Económicos, M. Ishaq Talukdar, Bangladesh. GATT 47th Sesiones, 20 de diciembre de 1991. SR.47/ST/4.

⁵³ Jagdish Bhagwati and H.T. Patrick, eds., *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1990).

⁵⁴ Jagdish Bhagwati, Henry Aaron, and Claude Barfield, "Statement by Forty Economists on American Trade Policy", *World Economy* 12, No. 2 (1989).

⁵⁵ Proyecto de Informe del Grupo de Trabajo para la adhesión de Costa Rica, GATT. 12 de mayo de 1989. Spec (89)23. Itálicas añadidas.

⁵⁶ Discurso de Mr. Paulo-Tarso Flecha de Lima, Representante especial del embajador en la negociación de comercio, Brazil. Encuentro ministerial, Montreal, 5 de diciembre de 1988. GATT, MTN.TNC/MIN(88)/ST/8.

⁵⁷ Discurso de H.E. Mr. Alioune Sene, Ambassador, Permanent Representative, Senegal. GATT 44th Sesión del 25 de noviembre de 1988. SR.44/ST/26.

En una sesión anterior del GATT, el ministro de economía de Bangladesh, Ishaq Talukdar, argumentó que eran específicamente "los países menos desarrollados, los miembros más débiles y vulnerables de la comunidad internacional, los que más necesitaban del estado de derecho"⁵². Las voces del sur ayudaron a apuntalar la idea del estado de derecho de la economía mundial, convencidas de la influyente dicotomía de John H. Jackson entre un orden económico mundial "basado en reglas" y uno "basado en el poder". El economista de la Universidad de Columbia, Jagdish Bhagwati, un colaborador frecuente de la revista del TPRC, agregó peso a esta posición en un libro de 1990 en el que denuncia el uso, por parte de los Estados Unidos, de las medidas administrativas denominadas "Sección 301" para cambiar abruptamente las políticas comerciales sin una consulta al estilo del GATT. El título del libro se convirtió en un slogan: "unilateralismo agresivo"⁵³. En 1989, Bhagwati escribió una declaración en contra de la Sección 301 firmada por cuarenta economistas eminentes, incluido Paul Samuelson, Gottfried Haberler, Anne O. Krueger, Robert Lucas, junto con un jurista –John H. Jackson–, afirmando que la Sección 301 era una manera de "satisfacer al fuerte a expensas del débil, dando una golpiza al estado de derecho tipo GATT"⁵⁴. Sin embargo, lo distintivo de las invocaciones que desde el Sur se realizaban sobre el estado de derecho en el GATT era su propuesta de coexistencia con un tratamiento especial continuo para los países en desarrollo. Discutiendo la adhesión de Costa Rica en 1989, por ejemplo, un grupo de trabajo del GATT sostuvo que apoyaba completamente el estado de derecho y estaba "firmemente comprometido con el fortalecimiento del sistema multilateral de comercio y el principio de trato especial y diferencial para países en desarrollo"⁵⁵. El representante del Brasil en las negociaciones de comercio abogó similarmente por un trato especial y diferenciado, mientras afirmaba que "en un mundo donde el unilateralismo, el bilateralismo y el regionalismo corren el riesgo de desacreditar el multilateralismo en forma irreversible, todo lo que resta para las economías más débiles es el estado de derecho"⁵⁶. El representante de Senegal también argumentó que, bajo condiciones de ajuste estructural, "la aplicación del estado de derecho" en el GATT ayudó a asegurar la estabilidad de los precios y podría hacer retroceder el proteccionismo de los "mismos países que, en otras partes, predicán el evangelio del libre comercio"⁵⁷.

⁵⁸ See Sylvia Ostry, "The Uruguay Round North-South Grand Bargain: Implications for future negotiations" in *The Political Economy of International Trade Law*, ed. Daniel M. Kennedy and James D. Southwick (New York: Cambridge University Press, 2002) [N. de los T.: La expresión bait-and-switch designa una táctica de venta que consiste en atraer a los clientes a partir de un precio bajo en artículos que no se encuentran en stock o disponibilidad. El objetivo es concretar la venta de otros productos, de precios más altos, en reemplazo de lo que se carece. Es una forma de fraude comercial realizado al nivel de las ventas minoristas].

⁵⁹ Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, p. 316.

⁶⁰ *The mirage of social justice*, vol. 2, *Law, legislation and liberty* (London: Routledge and Kegan Paul, 1976). "The Atavism of Social Justice (1976)", in *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, ed. F.A. Hayek (Chicago: University of Chicago Press, 1978).

Mientras los delegados del Sur propusieron su propia versión del estado de derecho para exigir transparencia al Norte, fracasaron en reconocer hasta qué punto la versión del estado de derecho de IEL se definió precisamente en contra del tratamiento especial y diferenciado que esperaban preservar. Sus esperanzas de un estado de derecho combinado con un desarrollismo particularista chocaron con la visión de isonomía y universalismo del IEL. Uno podría ver los atractivos del lenguaje del estado de derecho para los delegados del sur como una parte pasada por alto del bait-and-switch, por medio del cual el aparente "gran trato" de la OMC terminó favoreciendo desproporcionadamente al Norte Global contra el Sur⁵⁸. Lo que ellos vieron como una posible extensión del Proyecto del Tercer Mundo en realidad fue diseñado para acabarlo. La esencia del estado de derecho neoliberal puede ser comprendida mejor mirando su reverso. Es un lugar común suponer que lo opuesto al estado de derecho es "la ley de la selva", como sugirió el delegado marroquí en 1994. Aunque se trata de un término racializado que requiere de una historia conceptual crítica, lo que se entiende por ley de la selva es más o menos claro: es el mundo soñado por Trump, unilateralismo, fuerza y rechazo a la cooperación internacional. Aunque esto no es el reverso del estado de derecho de Hayek. Lo opuesto para él del estado de derecho es un conjunto de reglas que rompe con la igualdad formal en deferencia a la desigualdad históricamente determinada de las posiciones iniciales para individuos y poblaciones en la economía mundial. Un sistema que rompe con la isonomía es uno que rechaza negar la diferencia. Las preferencias concedidas a los países en desarrollo constituyen justamente este sistema. Un sistema contrario al estado de derecho es también uno que busca una igualdad sustantiva antes que puramente formal. Como escribió Hayek en *Los fundamentos de la libertad*, "en el ámbito que el Estado de Derecho tiene preestablecido se puede hacer muchísimo para conseguir que el mercado funcione del modo más suave y efectivo, pero, en cambio, dentro de sus límites, lo que hoy se considera justicia distributiva no puede lograrse jamás"⁵⁹. El reverso del estado de derecho hayekiano no es el unilateralismo, sino lo que él llamó el espejismo –o el atavismo– de la justicia social⁶⁰.

Si Sutherland y otros defensores del ordoliberalismo suscriben a la tendencia hayekiana del estado de derecho como lo afirman explícitamente, entonces es importante ver que la justicia so-

⁶¹ Andrew Lang, *World Trade Law After Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

cial no es simplemente un resultado improbable o un objetivo secundario, sino que es el exterior constitutivo contra el cual se define el imaginario económico mundial. La igualdad formal del ordoglobalismo requiere, por su propia lógica, el rechazo de los reclamos basados en la redistribución o la justicia social. Si este secuestro del lenguaje del estado de derecho es permanente o sostenible resta por verse. Las crisis de legitimidad que ha plagado la OMC desde su creación sugiere que el ordoglobalismo puede haberse extralimitado. Un importante libro reciente aún escribe sobre "el derecho comercial mundial después del neoliberalismo"⁶¹. Sin embargo, incluso cuando ayudemos a bocetar obituarios, podemos por cierto estar atentos en el presente y el pasado, a versiones alternativas del estado de derecho internacional para la economía mundial que quizá rompan con el punto muerto que pone a un historiador del arte marxista en la misma cama con un millonario megalómano charlatán. ¿Qué inspiraciones podrían permitirnos susurrar: el estado de derecho neoliberal para la economía mundial está muerto, larga vida al estado de derecho para la economía mundial?