

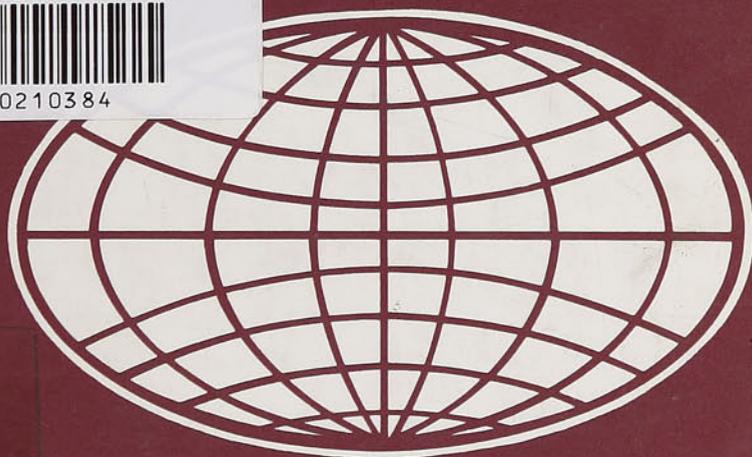
COLECCION DE ESTUDIOS SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO CHILENO

Selección de Temas

BIBLIOTECA NACIONAL



0210384



 INSTITUTO DE ESTUDIOS BANCARIOS "GUILLERMO SUBERCASEAUX"

Entidad Académica de los Bancos e Instituciones Financieras de Chile

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE

Sección *Such*
Clasificación *MA(30-4)*
Cutter
Año Ed. *1984* Copia *—*
Registro Seaco *67310*
Registro Notis. *AA B9651*

11 A (30-4)

0009651

00079



- 2 ENE. 1986

Selección de Temas

- Normativa
- Eficiencia
- Legislación
- Endeudamiento Externo

67310

11-057811

67310
11-057811
P.A.A.

COLECCION DE ESTUDIOS SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO CHILENO

332 07283

1984

Selección de Temas

Normativa
Eficiencia
Legislación
Endeudamiento Externo

1984

Bueh
332.07283
CG91d
1984
AAB9651

COLECCION DE ESTUDIOS SOBRE
EL SISTEMA FINANCIERO CHILENO

Registro de Propiedad Intelectual N° 59.973



EDITA: INSTITUTO ESTUDIOS BANCARIOS
"GUILLERMO SUBERCASEAUX"

JULIO - 1984

IMPRESORES: ALFABETA - LIRA 140 - SANTIAGO

INSTITUTO DE ESTUDIOS BANCARIOS
"GUILLERMO SUBERCASEAUX"

PRESIDENTE

Ignacio Cousiño A.

Representante de la Asociación de
Bancos e Instituciones Financieras
de Chile

Presidente del Banco Hipotecario y
de Fomento Nacional

VICEPRESIDENTE

Amador Huertas y Ortega

Representante de Bancos Extranjeros
Vicepresidente Residente de Citibank N.A.

DIRECTOR

Jorge Yarur B.

Presidente de la Asociación de Bancos
e Instituciones Financieras de Chile A.G.
Presidente del Banco de Crédito e Inversiones

DIRECTOR

Hernán Arze de Souza Ferreira

Representante del Banco del Estado de Chile
Presidente del Banco del Estado de Chile

DIRECTOR

Luis Prieto V.

Representante de la Corporación de
Sociedades Financieras
Presidente de Financiera Fusa

CONSEJO DE ADMINISTRACION

RECTOR

María Elena Ovalle Molina

SECRETARIO GENERAL

Bernardo Gutiérrez Samohod

DIRECTOR ACADEMICO

Enrique Marshall Rivera

INDICE

PRESENTACION	11
PRIMERO	
EL SISTEMA FINANCIERO: NORMATIVA, EFICIENCIA Y SITUACION ACTUAL.	27
Autor: Comité de Gerentes Generales. Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, A.G.	
1. El Mercado Financiero.	29
1.1 Organización del mercado.	29
1.2 Otras actividades del sistema bancario.	31
2. Bases para una normativa del sistema bancario.	32
2.1 Consideraciones generales	32
2.2 Propiedad	33
2.3 Administración	34
2.4 Control y fiscalización de la actividad bancaria.	34
2.5 Ambito de acción de la banca.	36
2.6 Competencia.	37
2.7 Capacidad operacional (relación de endeudamiento).	37
2.8 Control de riesgos operacionales (clasificación de cartera y régimen de provisiones).	38
2.9 Cartera relacionada.	39
2.10 Seguro de depósitos.	40
2.11 Tasas de interés.	41
3. Eficiencia del sistema financiero chileno.	42
4. Situación actual de la banca chilena.	45
4.1 Introducción.	45
4.2 La viabilidad de la banca.	45
4.3 Otros problemas.	46
4.4 Bases para la recuperación de la banca.	49
SEGUNDO	
EFICIENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO. UNA EVALUACION EMPIRICA.	53
Autor: Comité de Gerentes Generales. Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, A.G.	

1.	Introducción.	55
2.	Objetivo.	56
3.	Hipótesis.	56
4.	Metodología.	57
5.	Resultados y Conclusiones.	57
	Anexo	59
	Cuadros Estadísticos	61

TERCERO

VALOR CONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 19 BIS DEL DECRETO LEY N° 1.097 DE 1975. UN INFORME EN DERECHO.	67
---	----

Autor: José Luis Cea Egaña.

I	Fundamentos esgrimidos y texto del precepto consultado.	69
II	Ideas matrices del artículo 19 bis.	70
III	Doctrina institucional.	72
IV	Bases del orden público económico.	73
V	Hermenéutica constitucional.	73
VI	Principio de la libertad.	75
	1. Autonomía de los grupos intermedios y derecho de asociación.	75
	2. Libertad de trabajo.	82
	3. Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica.	85
	4. Derecho de propiedad.	89
VII	Principio de subsidiariedad.	94
VIII	Principio del Bien Común y la función social.	97
IX	Principio de igual protección de los derechos.	101
	1. Igualdad protectora de la ley en el ejercicio de los derechos.	101
	2. Nadie puede ser juzgado por Comisiones Especiales.	104
	3. Proceso debido con procedimiento racional y justo.	107
	4. Prohibición de la presunción de derecho penal.	113
	5. Principio de reserva y ley penal en blanco.	116
X	Principio de supremacía esencial de los derechos y su libre ejercicio: Límites a la soberanía legal y a la discrecionalidad administrativa.	122

CUARTO

EL COMERCIO MUNDIAL Y SU INFLUENCIA EN AMERICA LATINA	135
---	-----

Autor: María Elena Ovalle de Vigneaux.

I	Introducción.	137
II	El Comercio Mundial y América Latina: Dos Décadas Determinantes.	139
	— Los años de expansión.	140
	— Los años de inestabilidad.	142
	— Observaciones generales.	144
III	La Economía Mundial en Crisis	146
	— La producción y el empleo.	147
	— Inflación y tasas de interés	147
	— Comercio y pagos internacionales	147

—	La crisis en América Latina	148
—	El problema del endeudamiento externo	149
IV	Los Alcances del Nuevo Proteccionismo	150
—	La vuelta atrás	151
—	El nuevo proteccionismo y sus causas	152
—	El nuevo proteccionismo y sus manifestaciones	154
—	El nuevo proteccionismo en acción	156
—	Efectos del neoproteccionismo	158
V	Confrontación o Consenso	160
—	Consenso y globalidad	161
—	Unidad regional y cooperación internacional	163
—	Cuadros Estadísticos	165
	Bibliografía.	177

El Instituto de Estudios Bancarios "Guillermo Subercaseaux" tiene el agrado de presentar al público el sexto volumen de una serie que edita anualmente con trabajos y conferencias relativos al sector financiero. El presente volumen es una colección de cuatro estudios que abordan sendos problemas que han afectado al sistema financiero en el último tiempo. Los temas analizados, si bien distintos en cuanto a su naturaleza, son todos del máximo interés para quienes siguen de cerca la evolución del sistema financiero.

El primer trabajo se titula "El Sistema Financiero: Normativa, Eficiencia y Situación Actual". Fue realizado por una comisión técnica designada por el Comité de Gerentes Generales de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras en el segundo semestre de 1983. Su objetivo era dar a conocer a las autoridades económicas del país y a la opinión pública en general el pensamiento de esa asociación gremial sobre la situación en que se encontraba el sistema financiero, y formular sugerencias sobre el marco normativo y las políticas a aplicar en el sector.

El estudio se efectuó en un momento marcado por la incertidumbre y la desconfianza en el sistema financiero y sus perspectivas futuras: cinco importantes instituciones financieras en operación se encontraban intervenidas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras desde hacía varios meses, y alrededor de diez instituciones que habían operado en años anteriores se encontraban en proceso de liquidación. Las autoridades económicas del país no habían adoptado ninguna decisión que despejara las dudas que habían surgido después del 13 de enero de 1983, fecha de la intervención de los bancos privados. La viabilidad del sistema financiero privado, por decir lo menos, se encontraba en discusión.

Mientras se trabajaba en la elaboración de este documento, el Supremo Gobierno designó una comisión asesora para estudiar una reforma a la legislación económica y financiera, presidida por el señor Carlos Urenda. La Asociación de Bancos e Instituciones Financieras fue invitada a hacer una presentación ante dicha comisión. Muchas de las ideas matrices contenidas en este estudio representan, precisamente, la base del planteamiento que hicieron los banqueros privados en esa instancia asesora.

El estudio consta de cuatro secciones. La primera comienza introduciendo el concepto de mercado de capitales. Enseguida plantea los modelos alternativos de organización de la actividad financiera. En relación con este tema, el estudio se pronuncia en favor de un sistema de banca múltiple en oposición a uno de banca especializada. Posteriormente se refiere a los ámbitos de acción de la banca, observando que existe una serie de servicios, a menudo subestimados, que son consubstanciales a la actividad bancaria, si bien no están directamente relacionados con el proceso de intermediación

financiera. La ventaja de un ámbito de acción más amplio, destaca el estudio, es que permite diversificar las actividades, disminuir los riesgos y alcanzar un grado mayor de estabilidad.

La segunda sección, que constituye la parte substancial, plantea las bases de una normativa para el sistema financiero. Después de discutir el sentido general de una legislación financiera, analiza por separado una serie de temas o materias, sugiriendo los criterios para que sean abordados en una normativa financiera.

El sentido de una legislación financiera surge de la necesidad de asegurar un cierto grado de eficiencia, solidez y responsabilidad en el mercado bancario, considerando las fuertes diferencias entre los costos (beneficios) privados y sociales que se presentan en él. El estudio, junto con reconocer el imperativo social de una normativa financiera, alerta en contra de ciertas tentaciones que se presentan al momento de legislar. Observa, por ejemplo, que no se debe pretender la completa eliminación de los riesgos, porque éstos son consubstanciales a toda actividad económica. Hace notar, también, que no es razonable legislar al influjo de una recesión como la actual. La normativa financiera, sostiene, debe elaborarse con una perspectiva de largo plazo y no a la medida de condiciones transitoriamente muy desfavorables.

Después de hacer estos alcances, el estudio inicia el análisis individual de una serie de temas de interés. El primero de ellos es el de la propiedad de las instituciones financieras. El estudio observa la importancia que tiene la calidad de los propietarios de los bancos. La confianza del público, condición necesaria para el normal funcionamiento de la actividad financiera, agrega, depende no sólo de la cobertura de los capitales comprometidos, sino también del prestigio, experiencia, profesionalismo y solvencia técnica de los dueños de los bancos. La recomendación hecha en el documento es que todos estos antecedentes cualitativos sean ponderados conforme a pautas objetivas y exigidos como requisitos de entrada al mercado. Se evita, así, el establecimiento posterior de controles excesivamente estrictos.

Respecto a la administración de las instituciones financieras, que es el segundo tema abordado, el estudio plantea que ésta sea desempeñada por equipos profesionales idóneos, calificados con arreglo a pautas objetivas. Además, recomienda una definición más precisa de los ámbitos de dirección, gestión y control, asignándoles a los equipos ejecutivos un grado mayor de responsabilidad e independencia que el que tiene actualmente.

Posteriormente el estudio se refiere al control y fiscalización de la actividad bancaria. La intervención del Estado en el mercado financiero, sostiene, se justifica por dos razones principales: Primero, los costos (beneficios) privados y sociales difieren significativamente en este mercado. La quiebra o liquidación de un banco, por ejemplo, no afecta sólo a sus propietarios y acreedores, sino a todos los que concurren al mercado financiero. La segunda razón que fundamenta la intervención estatal es la necesidad de garantizar condiciones de competitividad y, por tanto, de eficiencia. Así conceptualizado, el control y la fiscalización resultan perfectamente consistentes con una definición de economía libre, con un Estado subsidiario de la actividad privada y responsable del buen funcionamiento de los mercados. El estudio advierte, sin embargo, que el sistema de fiscalización y de control que se adopte debe cumplir con ciertos atributos. Debe ser, en primer lugar, eficiente, esto es, sus costos deben estar adecuadamente compensados por sus beneficios. Debe, asimismo, disponer de buena información, ser objetivo y tener capacidad de anticipación. Debe estar basado, por último, en un equipo de profesionales idóneos, experimentados e independientes.

Para asegurar la objetividad y reducir el margen de discrecionalidad en el control y la fiscalización, el documento recomienda el establecimiento de una instancia superior de apelación para ciertas decisiones administrativas del organismo contralor. Se sugiere que esta instancia tome la forma de un cuerpo colegiado y que tenga competencia para conocer las decisiones de mayor trascendencia, como son, por ejemplo, las relativas a la clasificación de la cartera.

En lo que se refiere al ámbito de acción de la banca, el estudio plantea que debe ser suficientemente amplio y que no se debe circunscribir estrictamente a la intermediación financiera. Sostiene que se deben considerar como actividades propias de los bancos, entre otras, las siguientes: las operaciones de comercio exterior, los cambios internacionales, las comisiones de confianza, la administración de bienes de terceros, los servicios de custodia y cajas de seguridad, y la colocación de acciones de sociedades anónimas.

El estudio observa la importancia que tiene la competitividad en el mercado financiero, al igual que en otros sectores. Sostiene que las condiciones para asegurar la competencia entre instituciones son: la libre determinación de las tasas de interés, la eliminación de las prácticas monopólicas y de las barreras de entrada innecesarias, la disponibilidad de información, y la existencia de un adecuado sistema de control y fiscalización. En relación con las tasas de interés, el estudio advierte, sin embargo, que el principio de su libre determinación no excluye la posibilidad de actuar sobre la tasa de interés a través de la política monetaria, y recomienda, de hecho, una política que mantenga la tasa de interés relativamente estable y a niveles moderados.

Se aborda a continuación el tema de la capacidad operacional o de la relación de endeudamiento de las instituciones. La actual legislación limita los depósitos y obligaciones a 20 veces el capital pagado y reservas en el caso de los bancos, y a 15 veces dicho capital pagado y reservas en el caso de las sociedades financieras. Esta disposición, sostiene el estudio, resulta muy rígida, considerando que las instituciones varían significativamente en cuanto a los riesgos de sus activos y a la exigibilidad de sus pasivos. Por ello se recomienda una flexibilización de estos límites cuando la calidad de los activos y/o pasivos así lo permita.

Un tema al que se le presta particular atención es el referido al control de los riesgos crediticios. Estos riesgos se identifican, evalúan y controlan en nuestro país por medio del sistema de clasificación de la cartera y provisiones globales. El documento recoge, en relación con este tema, una serie de recomendaciones contenidas en varias presentaciones dirigidas por la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras a la Superintendencia del ramo. Entre ellas, cabe destacar el establecimiento de una instancia técnica de apelación de las decisiones sobre clasificación de la cartera adoptadas por el organismo contralor, y la imputación del capital y reservas al volumen de provisiones necesarias o exigidas en circunstancias calificadas y bajo ciertas restricciones.

Como un tema estrechamente relacionado con el anterior, se presenta normalmente el de la cartera relacionada; esto es, el de los créditos otorgados a personas vinculadas a los propietarios o administradores de la institución financiera. El estudio sostiene que este problema debe ser abordado con un sano realismo, considerando la escasez de capital que existe en el país y, por tanto, la dificultad para separar completamente la actividad financiera de la actividad productiva y comercial. Se argumenta en el documento que la cartera relacionada no conlleva necesariamente altos riesgos. El problema se minimiza si las colocaciones se diversifican adecuadamente por regiones, sectores de actividad económica y empresas. No obstante ello, el estudio plantea varias sugerencias orientadas a prevenir eventuales abusos sobre esta materia.

Se aborda, posteriormente, el tema del seguro de depósitos que, por razones obvias, ha adquirido relevancia en los últimos años. El documento se pronuncia en favor de la idea de establecer un sistema de seguro de depósitos de cobertura relativamente amplia, formulando, sin embargo, varias observaciones importantes. Sostiene, por ejemplo, que un sistema completamente privado, que margine al Estado de toda responsabilidad, no es factible de aplicar en el corto plazo por su alto costo. Es muy importante, afirma, que la carga que implica el sistema sea razonable para las instituciones. Observa, además, que el mecanismo que se adopte no debe comportar un relajamiento en las responsabilidades de control y fiscalización de las autoridades.

La tercera sección del estudio está referida a la eficiencia del sistema financiero chileno. Constituye una síntesis del trabajo titulado "Eficiencia del Sistema Financiero. Una Evaluación Empírica", realizado también por el Comité de Gerentes Generales de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras. Como dicho trabajo se incluye en el presente volumen, nos referiremos más adelante al tema que aborda.

La cuarta y última sección contiene un análisis de la situación de la banca hacia fines de 1983. El estudio reconoce la situación como delicada y compleja, en la que interviene una gran cantidad de factores y se yuxtaponen numerosos problemas. El punto en discusión, sostiene el documento, es, en último término, el de la viabilidad del sistema financiero privado en el mediano plazo, dado el fuerte deterioro de la cartera de colocaciones inducido por la recesión. Las pérdidas por créditos incobrables, la caída de los ingresos operacionales y el aumento de los gastos en provisiones, agrega, han puesto a la banca en una posición vulnerable desde el punto de vista patrimonial.

El deterioro de la cartera no es, sin embargo, el único problema planteado. A él se suman, sostiene el documento, otros problemas secundarios o incidentales, que contribuyen a generar un cuadro bastante complejo. Entre ellos, se menciona en primer lugar la falta de liquidez, fenómeno que asocia a la desconfianza del público y a las restricciones impuestas por la política monetaria. El estudio subraya que el apoyo crediticio otorgado por el Banco Central para resolver este problema no tiene la gravedad que algunos observadores le han asignado, porque es de la esencia de un Banco Central satisfacer los requerimientos transitorios de liquidez de los bancos comerciales.

Otro de los problemas secundarios destacados por el estudio es el referido a las deficiencias normativas y, en particular, a las del sistema de provisiones. El régimen de provisiones, sostiene el documento, obliga a las instituciones a constituir reservas contra resultados para cubrir riesgos de cartera muy difíciles de medir en un contexto recesivo. Las pérdidas potenciales inducidas por el deterioro de la cartera son llevadas así a las cuentas de resultado, precisamente cuando la capacidad de generar excedentes se ve seriamente disminuida.

La incertidumbre acerca de la propiedad de las instituciones es otro de los factores observados por el estudio. Cuando éste fue elaborado, los bancos privados más importantes se encontraban intervenidos desde hacía varios meses y no se había adoptado ninguna decisión oficial sobre la materia. La incertidumbre se había extendido también al sector privado no intervenido; su viabilidad se encontraba también en discusión. El estudio destaca la necesidad de una clarificación sobre este tema, porque la indefinición en la propiedad trae consigo normalmente ineficiencias en la gestión y administración de las instituciones. El documento formula varias proposiciones orientadas a mantener una participación significativa del sector privado en el mercado financiero. Las reiteradas declaraciones de las autoridades en el sentido que se mantendrá un sistema de banca

privada y el acuerdo de compra de cartera adoptado por el Banco Central en febrero pasado, son signos alentadores para la banca privada.

El estudio termina señalando las condiciones básicas para la recuperación del sistema financiero. La primera de ellas es la reactivación económica. Sin un crecimiento del producto, el saneamiento financiero resulta improbable. La relación implícita en este argumento es la misma que explica el deterioro del sistema durante la actual recesión. La segunda condición es el establecimiento de un mecanismo que permita absorber las pérdidas originadas por la crisis en un período de hasta diez años. Finalmente, la tercera condición, estrechamente relacionada con la anterior, es el diseño de un sistema que permita el fortalecimiento de la base de capital de los bancos. El estudio sugiere un mecanismo concreto para recapitalizar a las instituciones, consistente en la venta de cartera al Banco Central. La sugerencia contiene varios elementos del sistema establecido finalmente por el Instituto Emisor en febrero pasado.

El segundo trabajo de este volumen se titula "Eficiencia del Sistema Financiero. Una Evaluación Empírica". Fue realizado también por una comisión técnica designada por el Comité de Gerentes Generales de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras y constituye un complemento del primer estudio. Su objetivo es evaluar la eficiencia interna u operacional del sistema financiero chileno.

El estudio consta de cinco breves secciones, un anexo metodológico y una colección de cuadros estadísticos. La primera sección presenta un marco para el tratamiento del tema de la eficiencia. Destaca la evolución del sistema financiero y los cambios operados a partir de 1974, entre los cuales menciona, la liberalización de las tasas de interés y del proceso de asignación de los recursos financieros, la apertura a los mercados internacionales, la fuerte expansión de los activos y pasivos, y el incremento de la eficiencia operativa. La crisis surgida a fines de 1981, sostiene el estudio, introdujo interrogantes sobre la contribución del sistema financiero al desarrollo económico del país. Este cuadro llevó a algunos observadores a plantear la tesis que el sistema financiero se había vuelto ineficiente en el cumplimiento de su función intermediadora. Apoyaban su argumento mostrando el alto nivel alcanzado por los "spreads". La necesidad de despejar dudas sobre esta materia, motivó a la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras a realizar un estudio empírico que evaluase la eficiencia interna u operativa del sistema financiero chileno.

La segunda sección se refiere explícitamente al objetivo del estudio y hace algunas precisiones importantes. Por de pronto, define el concepto de eficiencia interna, entendiendo por tal la relación que existe entre los gastos indirectos, de personal, administración y otros similares, y el volumen de actividad medido por el tamaño de la cartera de colocaciones e inversiones. Enseguida advierte que la eficiencia interna es sólo una dimensión de la eficiencia total. Esta última depende también de factores exógenos o no controlables directamente por el sistema financiero, como son las tasas de encaje, los impuestos y los parámetros macroeconómicos.

La tercera sección plantea las dos hipótesis del estudio, la primera es que la eficiencia del sistema financiero chileno mejoró significativamente en el transcurso de los últimos años, desde la segunda mitad de la década pasada hasta los primeros años de la presente. La segunda hipótesis —y quizás la más importante— es que la eficiencia interna del sistema financiero chileno ha llegado, en los últimos años, a un nivel perfectamente comparable con el de la banca norteamericana.

La sección siguiente plantea la metodología utilizada para verificar estas hipótesis. Para la primera se utilizaron datos históricos extraídos de los balances y estados de situación y resultados de las instituciones financieras, cubriendo el período 1979 -1983. Con las cifras originales se calcularon, enseguida, las relaciones de eficiencia previamente definidas, por grupos de instituciones y para el sistema en su conjunto. Para efectos de evaluar la segunda hipótesis, se tomó como punto de comparación una muestra de 65 bancos norteamericanos con depósitos por sobre los 200 millones de dólares, y se calcularon las mismas relaciones de eficiencia antes mencionadas.

Los resultados obtenidos, que se presentan en la quinta sección, fueron, en síntesis, los siguientes. Primero, la eficiencia interna del sistema financiero chileno ha mejorado considerablemente en los últimos años. En efecto, el cociente entre los gastos indirectos y la cartera de colocaciones e inversiones del sistema en su conjunto se redujo en un 44% entre 1979 y 1983. Segundo, el sistema financiero chileno alcanzó en 1983 un nivel de eficiencia interna perfectamente comparable con el de la banca de Estados Unidos. La comparación es favorable a la banca chilena en algunos indicadores, y a la norteamericana en otros, pero las diferencias no son significativas.

El estudio observa, enseguida, que la comparación de indicadores de eficiencia interna debe realizarse, considerando que el sistema financiero chileno está gravado por dos conceptos de elevada incidencia en los costos. El primer gravamen es el aporte obligatorio para el funcionamiento de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y el otro es la no recuperación del IVA. Según el estudio, el costo imputable a estos dos conceptos asciende al 20% de los gastos de administración del sistema.

El estudio permite extraer varias conclusiones relevantes y despejar varias dudas sobre el sistema financiero. Primero, bajo condiciones normales, los costos de operación del sistema son perfectamente razonables. Segundo, el alza de los "spreads" obedece principalmente a un factor exógeno, como es el deterioro de la cartera de colocaciones e inversiones, y no a ineficiencias internas o administrativas de las instituciones. Tercero, las actuales deficiencias del sector tienen como causa principal la prolongada crisis económica que ha afectado al país. Y cuarto, la existencia de un sistema financiero internamente eficiente es una condición necesaria, pero no suficiente para el desarrollo de las actividades bancarias y financieras. Además de instituciones eficientes, se requiere un contexto económico, definido por los parámetros macroeconómicos, las políticas y las normas, mínimamente compatible con el normal desenvolvimiento de dichas actividades.

El tercer trabajo de este volumen se titula "El Valor Constitucional del Artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097 de 1975. Un Informe en Derecho". Su autor es el abogado y profesor de Derecho Constitucional, don José Luis Cea Egaña. El trabajo es un informe en derecho realizado por el autor, a solicitud de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras.

Consta de diez secciones de muy distintos tamaños. La primera reproduce los considerandos y el texto del artículo 19 bis. La segunda presenta las ideas matrices de ese precepto legal identificadas por el autor. El profesor Cea menciona once ideas fundamentales, de las cuales seis se refieren al otorgamiento de facultades discrecionales al Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras. La tercera sección introduce el concepto de doctrina institucional. La doctrina institucional, sostiene el autor, es el conjunto de valores que forman la base o fundamento de las normas constitucionales. La actual Carta Fundamental, observa enseguida, fue establecida con sujeción a una doctrina que reconoce, protege y estima la libertad en su más amplio sentido, una de cuyas

dimensiones esenciales es la libertad económica. Tal fundamento, agrega, debe estar siempre presente en el análisis de la Constitución que nos rige.

El profesor Cea introduce a continuación el concepto de Orden Público Económico. Este es definido como "el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a las autoridades para regular en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución, a fin de establecer y desarrollar un ambiente durable que permita el progreso de la comunidad toda, su bienestar con libertad y seguridad mediante la justicia conmutativa, social y protectora". En síntesis, el Orden Público Económico es la aplicación de la doctrina institucional al ámbito de la economía.

La cuarta sección presenta las bases del Orden Público Económico. Según el autor, el actual Orden está regido por "los valores de libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades con ejercicio de ambas igualmente protegido, no discriminación arbitraria en el trato, supremacía de la esencia de los derechos y su libre ejercicio y, en definitiva, el bien común aquí vinculado a la función social de la propiedad y las actividades económicas que el ejercicio de tal derecho conlleva".

El profesor Cea sostiene que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 19 bis es un asunto propio del Orden Público Económico. La evaluación de este precepto legal, agrega, debe ser hecha utilizando como parámetros los valores que bajo la forma de principios o normas caracterizan el Orden Público Económico de la Constitución de 1980. Consistente con ello, el método del autor contempla, primero, la revisión de los fundamentos de dicho Orden, segundo, la descripción y explicación de las normas constitucionales pertinentes y, tercero, la evaluación propiamente tal del artículo 19 bis.

Antes de entrar a la parte substancial del análisis, el autor destina una sección de su informe, la quinta, al tema de la hermenéutica constitucional. El profesor Cea afirma que "la Constitución es el programa máximo que, para la realización de los valores que animan al Poder Constituyente, éste ha trazado vinculando a gobernantes y gobernados". Los valores se plasman en los principios, que el autor define como "disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad que irradian todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión". Los principios, a su vez, son la base o fuente de todas las normas que conforman el sistema jurídico. El profesor Cea destaca, en relación con este punto, el carácter jerárquico del ordenamiento jurídico y la supremacía de los principios constitucionales. La inversión de este orden, agrega, da origen a una hermenéutica constitucional defectuosa o errónea.

A partir de la sexta sección se inicia la evaluación propiamente tal del artículo 19 bis, a la luz de los principios constitucionales antes mencionados. El primer principio considerado es el de la libertad, cuya aplicación concreta contempla la autonomía de los grupos intermedios y el derecho de asociación, la libertad de trabajo, el derecho a desarrollar cualquier actividad, y el derecho de propiedad.

La Constitución de 1980, sostiene el autor, reconoce, ampara y garantiza el funcionamiento de las organizaciones intermedias. Las únicas restricciones contempladas, agrega, son la obligación de contar con personalidad jurídica y las sanciones a las que intervienen en actividades ajenas a sus fines específicos. La Constitución, afirma el autor, complementa esta autonomía con la libertad de asociación. La única limitación al respecto es la prohibición que afecta a las asociaciones contrarias a la moral, el orden público o la seguridad del Estado. El profesor Cea observa, sin embargo, que todas estas

restricciones no son aplicables a las sociedades económicas, como son los bancos y sociedades intermedias.

Después de examinar el artículo 19 bis, el profesor Cea concluye que cinco de las once ideas motrices de ese precepto legal contradicen la autonomía de los grupos intermedios y de libertad de asociación. Estas ideas son las que facultan al Superintendente para prohibir los actos que señala cuando, a su juicio, una institución financiera presentare inestabilidad financiera o administración deficiente; la que presume de derecho que la administración es deficiente si la institución ha incurrido en una concentración de créditos; la que establece responsabilidad civil y penal a los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualesquiera de los actos prohibidos por éste; la que establece que la renuncia o revocación de los directores, como también la renuncia o término de contrato de los gerentes, administradores o apoderados no producirá sus efectos propios, si tales actos no han sido autorizados por el Superintendente; y la que faculta al Superintendente para modificar el plazo de convocatoria y el número de avisos a publicar con este mismo objeto, cuando se cite a junta de accionistas para aumentar el capital de la institución, fusionarla o vender sus activos.

La segunda dimensión del principio de la libertad es la libertad de trabajo. La Constitución de 1980, afirma el profesor Cea, asegura y protege la libertad de trabajo, que implica la libertad de contratación y de elección del trabajo remunerado. El artículo 19 bis, sin embargo, dispone que, durante el lapso que el Superintendente estime necesario, la renuncia o revocación de los directores, como también la renuncia o término de contrato de los gerentes, administradores o apoderados, de una institución sometida a dicha norma, no producirá sus efectos si no han sido autorizados por dicho funcionario administrativo. Según el profesor Cea, esta norma, además de su carácter discrecional, vulnera esencialmente los derechos constitucionales de libertad de contratación y de libertad de elección de la actividad remunerada.

La tercera aplicación del principio de la libertad es el derecho a desarrollar cualquier actividad. Según el profesor Cea, la Constitución de 1980 reconoce este derecho sin otra restricción que la prohibición que afecta a las actividades contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. El artículo 19 bis, concluye el autor después del respectivo examen legal, contradice este derecho, sobrepasando las limitaciones contempladas en el artículo 84 de la Ley General de Bancos. Los argumentos esgrimidos son dos: primero, la Constitución permite al legislador establecer limitaciones, pero no prohibiciones al ejercicio de este derecho considerando los intereses generales de la nación. Y segundo, el interés nacional en que se basa el artículo 19 bis no es sinónimo de ninguno de los tres valores que pueden ser esgrimidos para prohibir el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad.

La cuarta dimensión del principio de la libertad es el derecho de propiedad. La Constitución de 1980 reconoce este derecho en el número 24º del artículo 19, haciendo varias precisiones que tienden a garantizarlo efectivamente. Señala, por ejemplo, que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que se deriven de su función social. Precisa, además, que sólo la ley puede privar de la propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, y que la forma jurídica obligada es la de una expropiación con indemnización. El criterio implícito en la Constitución, afirma el autor, es que el legislador no puede privar de la propiedad mediante el expediente de su limitación o regulación. Después de examinar el artículo 19 bis, el profesor Cea concluye

que éste vulnera el derecho de propiedad por varias razones: primero, porque se priva a los bancos y sociedades financieras afectadas de la administración y disposición de sus bienes. Segundo, porque se priva de las facultades del dominio a los accionistas de dichas instituciones. Y tercero, porque los directores de las instituciones intervenidas quedan despojados del derecho de propiedad sobre sus cargos.

El segundo concepto fundamental que define el Orden Público Económico es el de la subsidiariedad del Estado. La Constitución hace suyo este principio que puede ser entendido también, según el autor, como el principio de la libre participación en toda clase de actividades económicas lícitas. El profesor Cea considera conveniente, para efectos del análisis, distinguir las normas referidas a la acción normativa fiscalizadora y punitiva del Estado de los preceptos aplicables al Estado en cuanto empresario. El principio de subsidiariedad, sostiene, es aplicable sólo a estos últimos. Concluye, en consecuencia, que el artículo 19 bis, que confiere facultades normativas, fiscalizadoras y punitivas, no contradice dicho concepto fundamental.

El tercer principio considerado es el del bien común y la función social. La Constitución de 1980 hace suyo el primero de estos dos conceptos, estableciendo que la finalidad del Estado es precisamente promover el bien común. La Carta Fundamental incorpora también el concepto de función social, que el autor define como una de las aplicaciones del concepto anterior. El Poder Constituyente, sostiene el profesor Cea, estableció los valores al servicio de los cuales se encuentra la función social. Estos son: los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental. La evaluación del artículo 19 bis a la luz de este principio, afirma el autor, requiere distinguir muy claramente el patrimonio de las instituciones financieras de los recursos captados del público. La preservación de los intereses generales de la nación, agrega, permite al legislador imponer restricciones a la utilización de éstos, pero no de aquéllos. Concluye, en consecuencia, que el artículo 19 bis no vulnera el principio en referencia al establecer prohibiciones, limitaciones y obligaciones al uso de los dineros del público, o bien al imponer limitaciones y obligaciones al patrimonio de las instituciones, pero sí lo hace al fijar prohibiciones sobre el patrimonio de los bancos y sociedades financieras.

El cuarto principio analizado es el de la igual protección de los derechos, cuya aplicación contempla los siguientes: igualdad protectora de la ley en el ejercicio de los derechos, derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, proceso con procedimiento racional y justo, prohibición de la presunción de derecho penal y principio de reserva y ley penal en blanco.

La Constitución de 1980 asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. El profesor Cea afirma que en virtud de este principio, esencial en todo ordenamiento jurídico justo, ninguna persona puede quedar indefensa en el ejercicio de las garantías o derechos contemplados en la Constitución; y agrega que es tarea de las autoridades y los tribunales de justicia prodigar esa protección. La evaluación del artículo 19 bis a la luz de este principio lleva al autor a la conclusión que éste vulnera la Carta Fundamental. Dicho precepto legal, sostiene, se funda en la más absoluta discrecionalidad, colocando a los bancos y sociedades financieras en la más completa desprotección e indefensión.

La segunda aplicación del principio de igual protección es el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales; esto es, comisiones individuales o colectivas que se arrogan facultades reservadas a los tribunales. La Constitución garantiza este derecho al establecer que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la

ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Las condiciones que deben cumplir esos tribunales, subraya el profesor Cea, son objetividad, imparcialidad y permanencia. Después de examinar el artículo 19 bis, junto a otras disposiciones de la Ley General de Bancos, el autor concluye que éste vulnera el principio constitucional en referencia, porque erige al Superintendente en una comisión especial que juzga a los bancos comerciales y sociedades financieras, y a sus directores, accionistas, gerentes, administradores y apoderados.

La tercera dimensión del principio de igual protección se refiere al proceso debido con procedimiento justo y racional. La Constitución de 1980 establece que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento. El profesor Cea discute el sentido y alcance de este derecho, y menciona las distintas garantías que de él se siguen. Después de examinar el artículo 19 bis, el autor concluye que éste viola este derecho, porque entrega al Superintendente poderes para ejercer jurisdicción en calidad de comisión especial, con desconocimiento de las garantías de un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo.

La cuarta aplicación del principio de igual protección de los derechos es la prohibición de la presunción de derecho penal. La Constitución asegura que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. El profesor Cea sostiene que el artículo 19 bis vulnera este principio por varias razones. Primero, porque declara que se entenderá que la administración de una institución es deficiente cuando haya concentrado créditos en personas vinculadas a la propiedad o gestión de dicha institución; segundo, porque impone prohibiciones a las instituciones afectadas por esa presunción; y tercero, porque establece sanciones a quienes transgredan dichas prohibiciones.

La quinta aplicación de la igual protección de los derechos es el principio de reserva y ley penal en blanco. La Constitución de 1980 establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley previamente promulgada, como también, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta sancionada esté expresamente descrita en ella. El profesor Cea discute el sentido y alcance de estas disposiciones, recurriendo a distintos antecedentes que presenta a la consideración del lector. Posteriormente examina el precepto legal en referencia, subrayando los principales problemas que presenta. Concluye, finalmente, que el artículo 19 bis contiene una ley penal en blanco que vulnera el principio de reserva por tres razones fundamentales. Primero, porque no describe expresamente el significado de los supuestos de hecho que nombra —“inestabilidad financiera”, “administración deficiente”, y “concentración de créditos”—; segundo, porque entrega a la discreción administrativa la descripción omitida, sin formular criterios objetivos; y tercero, porque establece una presunción de derecho penal sobre la base de conceptos ambiguos y hechos que pueden no estar previamente acreditados.

El último de los principios constitucionales considerado por el autor es el de supremacía esencial de los derechos y su libre ejercicio, que define los límites a la soberanía legal y a la discrecionalidad administrativa. La Constitución de 1980 asegura que los preceptos legales que por mandato de la propia Constitución regulen o complementen los derechos, libertades y garantías económicas que ella reconoce, o que limiten en los casos en que ella lo autorice, no podrán afectarlos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. El profesor Cea discute el sentido y alcance de esta disposición constitucional, señalando que su objetivo es someter la soberanía legal y la discrecionalidad administrativa a la supremacía de la Carta Fundamental. Se refiere, enseguida, a las restricciones que afectan tanto al legislador

como a la Administración, prestándole una particular atención al tema de la discrecionalidad administrativa. Sostiene que esta última es una actividad jurídica, subconstitucional y sublegal, con un grado variable de regulación, controlada y controlable por los tribunales e inconciliable con la arbitrariedad. A continuación analiza la naturaleza del acto jurídico, identificando sus supuestos y principales elementos. Posteriormente se refiere a los actos administrativos sancionadores o punitivos, afirmando que son insostenibles ante la Constitución.

El profesor Cea, después de analizar el artículo 19 bis a la luz de este principio, concluye que éste vulnera la Carta Fundamental. Los argumentos esgrimidos son varios. No regula ni complementa las garantías contempladas en la Constitución. Tampoco las limita en un caso autorizado por ésta. Sin embargo, afecta los derechos en su esencia y les impone condiciones que impiden su libre ejercicio. Introduce la discrecionalidad administrativa donde ésta no cabe. No proporciona criterios objetivos para la actuación del Superintendente y otorga poderes a un funcionario administrativo para imponer prohibiciones y sanciones.

El cuarto y último trabajo contenido en este volumen se titula "El Comercio Mundial y su Influencia en América Latina". Su autora es la señora María Elena Ovalle, Gerente General de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras y Rector del Instituto de Estudios Bancarios "Guillermo Subercaseaux". Con motivo de la XII Reunión del Consejo de Gobernadores de la Federación Latinoamericana de Bancos, FELABAN, celebrada en La Paz, Bolivia, en 1978, María Elena Ovalle presentó un estudio titulado "El Neoproteccionismo y la Banca Privada Latinoamericana", donde se examinan los problemas creados por las políticas y prácticas proteccionistas en los países desarrollados después de la primera crisis del petróleo. FELABAN la invitó a realizar una nueva presentación sobre la materia, que recogiese las experiencias de estos últimos años, con ocasión de la XVII Reunión del Consejo de Gobernadores, celebrada en Bogotá, Colombia, el año recién pasado. El trabajo contenido en este volumen es la ponencia presentada en esa reunión internacional.

El estudio consta de cinco capítulos y dos anexos, uno de cuadros estadísticos y otro bibliográfico. El capítulo I introduce el tema del neoproteccionismo y subraya su importancia en el marco de la actual situación económica mundial.

El capítulo II constituye un análisis de las principales tendencias económicas y comerciales de los años 60 y 70. La evolución observada por la economía mundial en esas dos décadas, supone María Elena Ovalle, es un antecedente necesario para evaluar las actuales dificultades y diseñar fórmulas para superarlas. Los años 60, afirma la autora, se caracterizaron por un rápido y sostenido crecimiento de la producción y el comercio, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. La expansión del comercio se vio favorecida, entre otros factores, por el ambiente de estabilidad monetaria y financiera a nivel mundial, y por la aplicación de políticas de desgravación arancelaria y creciente apertura al exterior en las economías industrializadas.

Los años 70 se caracterizaron, en cambio, por la inestabilidad y por los costosos esfuerzos de ajuste a las nuevas condiciones económicas internacionales. Las tendencias económicas y comerciales observadas en la década anterior se vieron bruscamente interrumpidas. Los problemas monetarios, presupuestarios, cambiarios, de balanza de pagos y de inflación se generalizaron a nivel mundial. La mayoría de los países se vio obligado a realizar enormes esfuerzos de adaptación. Como se podría esperar, ello favoreció el surgimiento de prácticas proteccionistas en los países industrializados, con el

objeto de evitar los ajustes internos que éstos debían realizar. Se produjo así una vuelta atrás en materia de políticas comerciales.

Examinadas estas tendencias, la autora formula, a modo de recapitulación, varias observaciones interesantes. Destaca, en primer lugar, la existencia de una fuerte relación entre la evolución de la producción y la del comercio. Independientemente de su naturaleza, agrega, esta relación muestra las oportunidades que brinda el comercio para el crecimiento y desarrollo de los países. La segunda observación se refiere a la importancia que tiene la aplicación de políticas liberalizadoras para la promoción del comercio. La fuerte expansión de los flujos comerciales hasta 1973 fue posible, en parte, gracias a la existencia de un marco de políticas favorables. Finalmente señala que las políticas internas son también determinantes de los resultados económicos exhibidos por los países. La experiencia muestra que la existencia de un medio externo favorable es una condición necesaria, pero no suficiente, para el progreso de los países en desarrollo.

El capítulo III contiene un análisis de la actual crisis económica internacional, desde la perspectiva de los países latinoamericanos. María Elena Ovalle comienza señalando que estamos en presencia de una recesión de alcances profundos y perdurables, cuyas causas son los múltiples trastornos económicos surgidos en los años 70. Los síntomas de la crisis son inequívocos; entre otros, menciona la lenta e incluso negativa evolución de la producción; la brusca caída de las tasas de inversión fija; el alza en las tasas de desempleo hasta alcanzar cifras no conocidas por décadas; el aumento en las tasas de interés reales; la pérdida de vitalidad del comercio internacional; las variaciones bruscas en los términos del intercambio; y el surgimiento de serios problemas de balanza de pagos.

La crisis, sostiene la autora, ha sido particularmente intensa en América Latina; la región ha tenido que desenvolverse en el peor de los escenarios económicos; ha enfrentado altas tasas de interés internacionales y bajos términos del intercambio, después de haber acumulado una importante deuda externa. Los resultados, como se podía esperar, han sido negativos. Las muy adversas condiciones externas se han traducido internacionalmente en caídas de la producción, rebrotes inflacionarios, desequilibrios de balanza de pagos y pérdidas de reservas. María Elena Ovalle observa, sin embargo, que la incidencia de los errores de política no ha sido despreciable en estos años. Es necesario reconocer, afirma, que las condiciones externas se han visto agravadas por desaciertos en la conducción económica interna.

El estudio hace una referencia especial al problema del endeudamiento. Destaca que América Latina siguió una estrategia de fuerte captación de ahorros externos para financiar sus programas de desarrollo en la década pasada. Esto le permitió mantener tasas de crecimiento relativamente altas hasta el desencadenamiento de la actual crisis. La decisión de financiar el desarrollo con endeudamiento se justificaba, porque existía una relativa abundancia de recursos financieros en el mercado internacional y las condiciones de tasa y plazo eran, en general, favorables. Hasta 1979, fecha de la segunda alza del precio del petróleo, sostiene el estudio, la deuda externa era manejable; las razones de endeudamiento consultadas por los especialistas mostraban una evolución normal. El cambio de escenario se produce a partir de 1980. El alza en las tasas de interés y la caída en los precios relativos de las exportaciones se conjugan de manera tal, que la deuda real crece significativamente y su servicio se torna agobiante.

El capítulo IV está dedicado al análisis de las nuevas tendencias proteccionistas. Como se mencionó anteriormente, la economía se desarrolló hasta fines de los años 60

en un ambiente de creciente liberalidad comercial. Esta tendencia se interrumpe en la década de los años 70. Los trastornos económicos planteados favorecieron el surgimiento de presiones proteccionistas en los países desarrollados; ellas se han acrecentado en los últimos años debido a la intensidad de la actual crisis. La autora habla incluso de una "vuelta atrás" en materia de políticas y prácticas comerciales; avala su planteamiento proporcionando varios antecedentes estadísticos, mencionando, por ejemplo, un estudio que estima que en 1980 casi un 48% del comercio tenía la calidad de comercio dirigido, esto es, estaba afectado por estrategias proteccionistas. Seis años antes, afirma, dicha proporción llegaba sólo al 40%.

Varias son las causas directas e indirectas que explican el surgimiento del neoproteccionismo. El estudio menciona, entre otras, las siguientes: las dos últimas recesiones que han afectado a la economía mundial, la de 1974-1975 y la actual; las presiones políticas que origina el desempleo; la penetración de los mercados de los países desarrollados por parte de los países en desarrollo, debido al desplazamiento de ciertas ventajas comparativas hacia estos últimos; la aversión al riesgo que comporta la creciente interdependencia entre los países; la resistencia a efectuar ajustes en la estructura productiva interna; y las restricciones de balanza de pagos. Como se aprecia, existen factores causales de naturaleza transitoria asociados a la actual recesión; y otros, de carácter estructural, que suponen ajustes de mayor envergadura de mediano y largo plazo.

El neoproteccionismo asume muy variadas formas. María Elena Ovalle destaca, entre otras, las siguientes: las restricciones no arancelarias, como los controles cuantitativos; las prohibiciones de importación y las disposiciones de salvaguardia; las medidas compensatorias destinadas a neutralizar condiciones de competencia desleal; los convenios de restricción "voluntaria", que son uno de los expedientes más utilizados por el neoproteccionismo; los acuerdos de comercialización regular que se caracterizan por la participación de los Estados en las negociaciones; y los acuerdos de organización del comercio mundial.

Las industrias más afectadas por el neoproteccionismo son aquellas en las cuales los países en desarrollo han adquirido ventajas comparativas en las últimas décadas o presentan una fuerte capacidad ociosa en los países desarrollados. El estudio menciona, entre otras, las siguientes líneas de producción afectadas: textiles y vestuario, cuero y calzado, acero, automóviles, productos agrícolas, productos químicos y comercio de servicios.

El neoproteccionismo, sostiene la autora, tiene efectos adversos tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. En el caso de estos últimos, limita las posibilidades de crecimiento futuro e impone restricciones de balanza de pagos que comportan generalmente descensos en el nivel de vida en el corto plazo. En los países desarrollados, los efectos son también adversos, si bien menos dramáticos. El proteccionismo ampara las ineficiencias en la estructura y alimenta las presiones inflacionarias, perjudicando así a la gran masa consumidora.

El quinto y último capítulo plantea, a modo de conclusión, varias observaciones sobre la naturaleza de la actual crisis y la forma de superarla. Destaca, en primer lugar, que estamos en presencia de una crisis global. Los problemas planteados son numerosos, se encuentran interrelacionados y afectan directa e indirectamente al conjunto de la comunidad económica mundial, con pocas excepciones. Observa, además, que la crisis es profunda y que sus alcances no son sólo transitorios, sino también estructurales. La

situación, sostiene el estudio, ha llegado a un punto tal que las partes involucradas se ven enfrentadas a la dramática disyuntiva de la confrontación o el consenso.

María Elena Ovalle considera que la emergencia hace indispensable alcanzar algún grado de consenso básico entre las partes comprometidas en ella: países deudores, países acreedores, banca internacional y organismos financieros multilaterales. El acuerdo supone voluntad política, y debe estructurarse sobre la base de ciertos principios de equidad, compromiso y responsabilidad aceptados por todos. Debe reconocer, además, la complejidad de la actual situación. La autora sostiene que una acción conjunta debe abordar todos los problemas planteados. Debe comprender, agrega, temas que hasta ahora han quedado al margen de las negociaciones, como son la transferencia de recursos hacia los países en desarrollo, el neoproteccionismo y las políticas macroeconómicas de los países desarrollados.

María Elena Ovalle pone especial énfasis en la necesidad de revisar las políticas comerciales que están aplicando los países industrializados. Considera que las prácticas proteccionistas son un serio obstáculo para la superación de los problemas de deuda externa y pagos internacionales de los países en desarrollo. Sostiene, asimismo, que la posibilidad de desarrollar acciones conjuntas en este campo no está cerrada, porque los países industrializados son precisamente los países acreedores, y los derechos que tienen en su calidad de tales se garantizan si permiten el flujo normal de las exportaciones provenientes de los países deudores.

El estudio destaca el importante rol que les cabe desempeñar en este proceso a los organismos financieros multilaterales. Sostiene la autora que estas agencias, junto con intensificar la transferencia de recursos hacia los países necesitados, deben transformarse en instancias que promuevan el logro de acuerdos globales entre países acreedores y países deudores. Los organismos financieros multilaterales, agrega, deben asumir la tarea de diseñar fórmulas y mecanismos destinados a superar la actual crisis.

María Elena Ovalle se refiere también al papel que le corresponde desempeñar a la banca internacional. Observa que sus intereses son, en medida importante, coincidentes con los de los países deudores y, por tanto, que a ninguna de las dos partes le conviene extremar sus posiciones. La banca internacional puede ser un aliado importante de los países en desarrollo para denunciar las presiones proteccionistas en los países industrializados; pero su papel más relevante es, sin duda, apoyar los programas de ajuste de los países deudores con financiamiento comercial y de largo plazo.

Los países deudores deben asumir también su responsabilidad. Ellos tienen la obligación de emprender los ajustes internos necesarios, con el objeto de adaptarse a las nuevas condiciones externas. La autora advierte, sin embargo, que los países latinoamericanos han hecho ya importantes esfuerzos en esa dirección, comprometiendo en algunos casos su estabilidad social y política. María Elena Ovalle observa que estos programas de ajuste tendrán éxito sólo si forman parte de una estrategia que busque modificar, al mismo tiempo, las condiciones económicas externas.

Se destaca, finalmente, la importancia de la integración y cooperación entre los países de la región; América Latina está haciendo esfuerzos por unificar criterios sobre los problemas planteados; y varias iniciativas de acción conjunta han sido propuestas en distintos foros internacionales. Estas acciones, sostiene la autora, no tienen como objetivo la conformación de un cartel para enfrentar con hostilidad a los países acreedores; por el contrario, la integración y cooperación regional son iniciativas que complementan los esfuerzos por alcanzar un consenso perdurable entre países deudores y países acreedores.

Al entregar a la publicidad este sexto volumen de estudio sobre el sector financiero, el Instituto de Estudios Bancarios "Guillermo Subercaseaux" agradece a los autores de los trabajos presentados, a la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras y al personal del Instituto que colaboró en su edición. El aporte de todos ellos hizo posible la publicación de este volumen.

Santiago, junio de 1984

EL SISTEMA FINANCIERO:
NORMATIVA, EFICIENCIA Y SITUACION ACTUAL

COMITE DE GERENTES GENERALES
ASOCIACION DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS
DE CHILE A.G.

OCTUBRE 1983

1. El mercado financiero

1.1 Organización del mercado

Como instrumento de la asignación de recursos de la economía, el mercado financiero puede ser caracterizado básicamente como un ámbito de intermediación. La función que cumple este mercado consiste en proveer las condiciones y conductas idóneas para que los excedentes financieros de las empresas y de las personas puedan ser orientados —en condiciones atractivas— al financiamiento de necesidades, negocios e inversiones que ofrezcan expectativas razonables de rentabilidad.

Planteado como instancia intermedia entre el proceso de ahorro y el de inversión, el mercado financiero necesita organizarse como sistema para garantizar un encuentro sostenido, fluido y seguro entre ambos procesos. El cometido fundamental del sistema financiero es ser nexo eficiente entre el ahorro y la inversión. Sus estructuras, por lo mismo, deben responder a esta finalidad y ajustarse a las exigencias que el desarrollo libre de la actividad económica impone.

Históricamente, la organización del sistema financiero ha estado condicionada por la naturaleza de los requerimientos ante los cuales ha debido responder desde el punto de vista económico y social y por el alcance que posee cada una de las demandas de recursos financieros planteadas por el aparato productivo y el cuerpo social.

Atendiendo a la naturaleza de esos requerimientos y alcances, es dable distinguir los siguientes campos de operación.

1.1.1 La actividad bursátil

La cobertura de las necesidades de capital estable para el desarrollo de la actividad productiva, especialmente a través de las sociedades anónimas, ha configurado tradicionalmente el ámbito operacional de las bolsas de valores. Las acciones emitidas por las sociedades anónimas constituyen una modalidad para reunir capitales significativos en torno a inversiones productivas espectables. Objetivos primordiales de la actividad bursátil son establecer canales eficientes para la suscripción de las fracciones de capital representadas en tales acciones y garantizar a los accionistas la liquidez de sus aportes toda vez que deseen deshacerse de sus títulos.

1.1.2 Financiamiento de largo plazo

Las necesidades de recursos financieros de largo plazo, adecuados para materializar proyectos de inversión de distinta índole, pero que suponen períodos prolongados de maduración, han sido cubiertas en la experiencia financiera de casi todas las economías desarrolladas por las emisiones de bonos tanto por parte de las empresas como por parte de los bancos. Estos bonos, en la forma de letras de crédito generadas en operaciones de préstamos hipotecarios, también proveen en la actualidad el financiamiento de viviendas en el país.

Tradicionalmente en este ámbito se han planteado numerosas instituciones financieras especializadas (merchant banks, savings & loans, bancos de inversión, etc.), que comparten un horizonte operacional de largo plazo. En ese radio operaron en Chile los antiguos bancos hipotecarios y más tarde los bancos de fomento, antes que el sistema bancario nacional evolucionara hacia el concepto de multibanca.

1.1.3 Financiamiento de corto plazo

Las necesidades financieras de corto plazo, generadas por requerimientos de capital de trabajo, por desfases de caja, mantención de inventarios, cuentas por cobrar o por exigencias de determinadas fases de los proyectos de producción, deslindaron históricamente el campo de acción preferente de la banca comercial. La incidencia de muchos de estos requerimientos en actividades de importación y exportación extendió asimismo el radio de acción de los bancos comerciales hacia las operaciones de comercio exterior. Los servicios de comercio exterior no siempre responden con exactitud al esquema de las actividades de intermediación y en numerosos casos constituyen prestaciones específicas del sistema bancario para asegurar la fluidez y viabilidad de los intercambios comerciales entre un país y otro.

1.1.4 Financiamiento al consumidor

Con todo, las anteriores líneas de actividad no agotan el perfil institucional de la función financiera. El surgimiento de instituciones de crédito más bien pequeñas, que se han especializado en proporcionar financiamiento directo al consumidor, y no a las empresas comerciales con el mérito de cuentas por cobrar, cubre una fracción muy definida del espectro de las necesidades financieras de una economía y en otros países cuentan con una participación atendible de mercado. En Chile, en cambio, este espacio aparece ocupado más bien por los bancos, si bien a nivel de las sociedades financieras se advierten algunos síntomas de especialización en el sentido señalado.

A grandes rasgos, lo expuesto permite configurar el esquema operativo más frecuente en la estructura de los distintos sistemas financieros.

INSTITUCIONES	AMBITO DE ACCION
Bolsas de valores	Previsión de capital estable para las sociedades anónimas
Bancos de inversión y Empresas Financieras, cooperativas de crédito	Necesidades financieras de largo plazo
Bancos comerciales	Necesidades financieras relacionadas con el consumo
	Necesidades financieras de corto plazo.
	Servicios de comercio exterior

Si bien el señalado esquema responde a las modalidades de organización del sistema financiero en numerosos países, ha de tenerse en cuenta que los desarrollos más recientes de esta institucionalidad tienden a hacer menos rígidas y tajantes las fronteras que demarcan el ámbito de acción de las distintas entidades. Esta tendencia ha permitido afinar el concepto de multibanca, al interior del cual todas las instituciones financieras cuentan con un radio operacional amplísimo e indiscriminado. La ventaja de este esquema radica en que permite ampliar sustancialmente los márgenes de competencia entre las diversas instituciones financieras, sin perjuicio de los niveles de especialización que ellas consigan, por experiencia, ventajas comparativas o prioridades de acción, en determinados rubros operacionales.

Desde el punto de vista orgánico, el sistema de multibanca recoge sin duda en mejores términos la conveniencia en orden a que, antes que la autoridad administrativa, sea el propio mercado —reflejado en las prácticas de los agentes económicos y en el desarrollo natural, libre y competitivo de las instituciones financieras— el que determine las estructuras más idóneas y congruentes con sus necesidades.

La multibanca, por otra parte, supera una de las grandes limitaciones del régimen de banca especializada al entregar a las instituciones financieras opciones a una efectiva diversificación de los riesgos. La concentración operacional en una gama estrecha de actividades, y con mayor razón en una sola área específica de la economía, envuelve riesgos de consideración según lo demuestra la experiencia financiera internacional. Los institutos de crédito agrícola, de financiamiento a la vivienda o a la construcción, y otros de naturaleza análoga, suelen estar expuestos en sus actividades a bruscas fluctuaciones operacionales y, en numerosos casos, han terminado generando absoluta dependencia del apoyo estatal.

1.2 Otras actividades del sistema bancario

Al margen de los ya señalados cometidos de intermediación que lo asisten, y que se traducen en la captación de recursos financieros del mercado para devolverlos en la forma de crédito a las unidades económicas que los demandan, el sistema bancario también es fuente de numerosos servicios en favor del público y de las empresas. Algunos de estos servicios, de tan substanciales a sus actividades que son, a menudo aparecen subestimados al momento de apreciar el aporte del sistema al desenvolvimiento de las actividades económicas. Todos ellos, sin embargo, entrañan contribuciones sustantivas en esta dirección. Incluso más, existen poderosos elementos de juicio que hacen pensar que los costos de estas prestaciones en el caso de la banca chilena suelen estar muy por encima de las tarifas que el propio sistema ha establecido de cargo de los usuarios que las hacen efectivas. Hay estudios que señalan que en otros países las tarifas de estos servicios son considerablemente mayores.

Dentro del referido campo de actividad aparecen, en un primer rango, los servicios con que el sistema bancario ayuda a la gestión de las actividades económicas propias de las empresas y de las personas. En este rubro caben las cuentas corrientes, el servicio de vale vistas, la apertura de cartas de crédito, las remesas de dinero, el servicio de custodia de bienes y valores, las operaciones de cambio de moneda extranjera, el pago de las cuentas de las empresas de suministro y otros de naturaleza semejante.

Un grado de complejidad operacional mayor presentan las prestaciones que el sistema bancario puede proveer en la esfera de la administración de bienes de terceros. En Chile

estas actividades han sido tradicionalmente asociadas a la figura de las comisiones de confianza, entendidas con un alcance más bien restrictivo. Otras legislaciones, sin embargo, incorporan a este género de operaciones las funciones de corretajes, los mandatos de administración de fondos mutuos o de otros entes patrimoniales, e incluso la administración de fondos de pensiones. Para el ejercicio y cumplimiento de todos estos encargos el sistema bancario cuenta con atributos sobradamente calificados y de hecho esta línea operacional presenta un fuerte desarrollo en numerosos países. La evidente ventaja que ofrecen estas actividades radica en que generan al sistema ingresos apreciables al margen de los riesgos de la intermediación y de las fluctuaciones bruscas de mercado, que son determinadas por los ciclos económicos. La experiencia demuestra que la banca se ha valido de estos servicios como factor de resguardo de su propia estabilidad.

2. Bases para una normativa del sistema bancario

2.1 Consideraciones generales

El sentido de una normativa para el sistema financiero —que determine sus estructuras, fije su ámbito de acción y controle razonablemente sus riesgos— radica en la necesidad de satisfacer las expectativas que la comunidad económica y el país en general, cifran en las actividades y funciones que le son propias.

Los usuarios exigen del sistema financiero, en general, eficiencia, seguridad, responsabilidad y solidez. Condicionan invariablemente la confianza que tengan en él, en sus instituciones y en sus instrumentos, a la percepción que merezcan sus prácticas, atributos y resguardos y a la capacidad que posean las empresas del sector para funcionar con idoneidad técnica y para sortear objetivamente los riesgos a que sus actividades están expuestas.

Corresponde al mercado financiero organizarse como sistema para responder a tales requerimientos, en términos de asegurar no sólo una correlación aceptable entre los costos y los beneficios privados envueltos en la gestión de las empresas financieras sino, además, de garantizar esa misma correlación entre los costos y beneficios sociales comprometidos en las actividades del sector en su conjunto.

Es imposible pretender que una normativa financiera pueda erradicar completamente los riesgos involucrados en las actividades de ese sector de la economía. Los riesgos, sobre todo en esquemas de mercado competitivo, son consubstanciales a la actividad económica y la función de las normas y regulaciones institucionales consiste en controlarlos, prevenirlos y neutralizarlos hasta donde ello sea posible. Una normativa financiera que pierda de vista lo preferible sobre lo desdeñable, y que responda sólo al estímulo de utopías maximalistas, corre el serio peligro de terminar estableciendo para la actividad financiera condiciones operacionales adversas, burocratizadas, parasitarias y extremadamente costosas. En períodos de crisis las presiones sobre la autoridad para extremar las fiscalizaciones en este sentido suelen fortalecerse y consiguientemente tales peligros se tornan mucho mayores. Resulta, sin embargo, abiertamente desproporcionada la tentativa de concebir las bases de una legislación financiera al influjo de coyunturas adversas y

circunstanciales, más todavía cuando ellas se inscriben en un marco económico de alcance general. Una normativa llamada a operar en el largo plazo debe tener la consistencia necesaria para facilitar la adaptación del sistema a las fases depresivas del ciclo económico, pero no debiera estar concebida a la medida de éstas si no desea elevar la categoría de normas imperativas, lo que en su origen son prevenciones, recriminaciones, errores o simplemente experiencias desafortunadas.

La complejidad de los dilemas que la normativa financiera debe zanjar no obedece únicamente a la necesidad de optar en términos socialmente adaptados ante una vasta gama de alternativas cruciales (¿Libertad o restricción?, ¿seguridad o riesgo?, ¿confianza o descrédito?, ¿prudencia o audacia?, ¿orden o caos?, ¿responsabilidad o impunidad?, ¿profesionalismo o improvisación?, ¿interés privado o interés social?, etc.). La circunstancia de que el sistema financiero cumple, además de funciones de intermediación, funciones instrumentales en los manejos de política monetaria por parte de la autoridad contribuye a hacer todavía más sensibles las actividades del sector a variables que escapan indiscutiblemente a su control. En este sentido, puede afirmarse que la posición de las empresas financieras es vulnerable no sólo a los malos negocios que realicen con sus clientes, sino también a las percepciones adversas de la comunidad económica sobre la estabilidad del sistema como un todo, a los efectos de las crisis económicas generalizadas y aun a los aciertos o desaciertos en que incurran las autoridades en el manejo de las variables monetarias de la economía. Estos frentes de presión sobre el sistema deben ser objetivamente ponderados en toda normativa, de suerte de garantizar la necesaria consonancia y flexibilidad entre las exigencias operacionales impuestas a la gestión financiera —en beneficio de la solidez de las instituciones y de la sana competencia en el sector— y los condicionamientos y márgenes de acción determinados por el manejo monetario de la economía.

2.2 Propiedad

Desde el momento en que la normativa financiera protege valores de confianza pública que comprometen a todo el cuerpo social, y dado que la facultad de captar dineros del público no pertenece a todas las empresas sino sólo a aquellas que cumplan con ciertas exigencias capaces de asegurar responsablemente el ejercicio de la intermediación, resulta evidente que la cobertura del capital exigido no puede ser el único requisito para comprar o instalar un banco. Generalmente las legislaciones condicionan las autorizaciones para constituirlos y operarlos a la solvencia, experiencia, profesionalismo y a la calidad de los programas de acción que puedan concebir y presentar sus propietarios.

La ponderación de todos estos antecedentes no es sencilla, pero la experiencia indica que es preferible hacer un esfuerzo arduo en esta instancia para realizar tales apreciaciones con arreglo a pautas objetivas e impersonales antes que relajar las condiciones de acceso al mercado bancario a cambio de establecer posteriormente controles estrictos, abrumadores y paralizantes para la gestión financiera. Este esquema resulta insatisfactorio por varios conceptos. Por de pronto, esos controles jamás lograrán disipar la desconfianza original que inspire la falta de idoneidad de los propietarios entre los agentes económicos y entre las propias autoridades. La solución que algunos han visto en la atomización de la propiedad peca de una notable falta de realismo en economías como la chilena, atendida nuestra escasez crónica de capitales. Normalmente las soluciones de este tipo terminan estableciendo límites máximos de control accionario que abren, como se sabe, un amplio margen para las simulaciones y ficciones jurídicas como mecanismos para burlarlas. Estos

expedientes en el fondo corresponden al propósito de encajar las realidades en el marco de las abstracciones legales, perdiendo de vista que el objetivo de las normas es regular la realidad, pero no suplantarla.

Se impone, por esto mismo, un reconocimiento franco al mercado y una posición receptiva ante quienes, disponiendo de recursos para fortalecer la industria financiera chilena, reúnan también —apreciados de la forma más objetiva posible— los atributos de prestigio, solvencia técnica y honorabilidad que el ejercicio de la intermediación supone.

2.3 Administración

Tanto como en el caso de los propietarios, la administración de las empresas financieras debe estar confiada a equipos profesionalmente idóneos, calidad que debiera ser acreditada y verificada con arreglo a pautas objetivas y certeras.

Es probable que el actual esquema de administración de las instituciones financieras chilenas —inspirado en el modelo de las sociedades anónimas— no sea el más indicado para responder a los requerimientos del sector financiero en tanto concentra en los directorios —cuerpos colegiados superiores que reflejan la participación accionaria en la empresa— la totalidad de las facultades de administración. En tal contexto los cuadros ejecutivos han de limitarse a poner en práctica las políticas que les sean definidas, con miras a materializarlas en el desenvolvimiento operacional. Este esquema es insatisfactorio dado que en la instancia máxima de las decisiones de administración de la institución están concentradas también las facultades de control de la eficacia de las políticas y medidas que ese mismo cuerpo directivo adopta.

Otras legislaciones —como la suiza, por ejemplo— contemplan un esquema que separa mejor los ámbitos de gestión y control al establecer por una parte directorios amplios y comprometidos con la permanente evaluación y fiscalización operacional y, por la otra, equipos ejecutivos homogéneos encargados de la gestión dentro de parámetros amplios de acción. Estos equipos responden ante el directorio y, si bien pueden ser removidos por aquél, conservan un margen de independencia técnica y administrativa muy superior al previsto para los ejecutivos de las empresas financieras chilenas.

Lo anterior, por cierto, no obsta a la conveniencia de mantener o establecer regulaciones impersonales para asegurar la prudente administración de las empresas intermediadoras en materias tales como diversificación de cartera o riesgo máximo por cliente, entre otras.

2.4 Control y fiscalización de la actividad bancaria

El control y la fiscalización sobre la actividad financiera implica un grado de intervención estatal en el mercado que está justificado básicamente por dos conceptos:

—En primer lugar, la actividad financiera presenta un alto grado de interdependencia en el mercado, tanto de los productores entre sí como de éstos con los consumidores. Esta interdependencia se traduce en que los costos y beneficios privados de la actividad suelen ser inferiores a los costos y beneficios sociales que ella compromete. La liquidación de un intermediario financiero, por ejemplo, no tan sólo envuelve un perjuicio a los propietarios de esa entidad, sino también a los clientes que le confiaron sus depósitos y en definitiva a la confiabilidad pública que el sistema financiero como un todo necesita para operar. La pérdida del capital de los accionistas es un costo relativamente poco

significativo en comparación al volumen de los recursos que pueden perder los depositantes y al debilitamiento de la fe pública en la banca que puede sobrevenir a raíz de un siniestro de esta naturaleza. Significa esta interdependencia que el sistema está afecto a economías y deseconomías que operan al margen de las prestaciones y contraprestaciones convenidas aisladamente entre el intermediario financiero y el usuario.

—El control también se justifica para garantizar en el mercado financiero condiciones operacionales que hagan posible la competencia perfecta al interior del mismo. Este objetivo no remite tan sólo a la conveniencia de prevenir la acción de fuerzas monopólicas dentro del mercado, sino también a la necesidad de asegurar que los bienes que se ofrezcan en él sean homogéneos, que los intermediarios sean acreedores al derecho de captar y colocar fondos y que los usuarios dispongan de niveles óptimos de información para que puedan adoptar responsablemente sus decisiones.

En definitiva, el control de la autoridad sobre el sistema financiero se inscribe, en el modelo de economía libre, en la esfera del rol subsidiario del Estado y en la responsabilidad que le cabe para asegurar el buen funcionamiento de los mercados.

En la medida en que la fiscalización procura asegurar niveles competitivos ecuánimes para el desarrollo de la actividad intermediadora, en la medida en que pretende resguardar la solidez del sistema y minimizar el riesgo de eventuales liquidaciones y en tanto la función bancaria cumple o puede cumplir cometidos importantes en la implementación de las políticas financiera, monetaria y de desarrollo económico del país, tal fiscalización configura una exigencia social no sólo legítima sino además ineludible.

En general, la racionalidad de un régimen de fiscalización y control sobre el sistema financiero radica en su eficacia para prevenir los riesgos a que sus actividades están expuestas. Una vez que los riesgos ya se han hecho efectivos, las regulaciones de control podrán disponer las modalidades más adecuadas para afrontarlos, pero en definitiva el mejor sistema de control no es el que más exigencias impone sino el que asegura mayor eficacia para evitar los siniestros que puedan comprometer al sistema financiero.

Un buen sistema de control sobre la actividad financiera debe, en primer lugar, estar sustentado en una cuidadosa evaluación de los costos que involucra y de los beneficios que reporta, manteniendo entre aquéllos y éstos una relación óptima de eficiencia. Debe asimismo operar sobre la base de información exacta, pero en todo caso relevante. Debe establecer claramente los principios básicos que lo inspiran. Debe ser objetivo y no discrecional, pero al mismo tiempo debe ofrecer un margen de acción considerable para la apreciación y el manejo equitativo de situaciones específicas.

Con todo, la eficiencia de costos, los buenos niveles de información, la objetividad y la capacidad preventiva no agotan la amplia gama de atributos que debe cumplir una buena fiscalización. Se requiere además que esa fiscalización sea receptiva al análisis cualitativo de la situación del sistema y no se circunscriba únicamente a verificar el cumplimiento o la inobservancia de relaciones cuantitativas que suelen ser necesarias, pero no suficientes para asegurar el éxito del control. Adicionalmente, el sistema necesita operar sobre la base de la buena fe. De otra manera inevitablemente terminará evolucionando hacia la hipertrofia reglamentaria, la cual, además de costosa, difícilmente logrará disipar la desconfianza básica que la autoridad tenga en el sector. El sistema financiero no tan sólo requiere de la fe del público, sino también de la fe de las autoridades para desenvolverse con agilidad y expedición.

Supuestos todos estos requisitos, un buen control implica además, y por encima de todo, un cuerpo de fiscalizadores técnicamente calificado e idóneo, independiente y

experimentado, para poner en práctica sus instrumentos de manera criteriosa. No basta que las regulaciones y reglas sean normativamente impecables si no existen cuadros preparados y sensibles a la naturaleza del negocio bancario para aplicarlas. Esta preparación y sensibilidad no pueden limitarse sólo al dominio de determinados instrumentos de control y necesariamente deben estar incorporadas a una percepción amplia de la complejidad de todo el negocio bancario.

Únicamente bajo este entendido será posible desarrollar el control a lo largo de todo el proceso operacional del sistema bancario y no sólo en sus tramos finales. Corresponde al fiscalizador apreciar la idoneidad técnica y profesional de los intermediarios financieros para asignar recursos y para afrontar debidamente las funciones básicas que debe cumplir una entidad intermediadora. Estos cometidos suponen profesionalización, políticas rigurosas para el análisis de crédito, capacidad para coordinar activos y pasivos e infraestructura humana, administrativa y tecnológica adecuada para enfrentar las decisiones claves de administración de un banco o sociedad financiera.

Más allá de la apreciación de esa capacidad de organización y de gestión, la fiscalización del sistema financiero tiene en la clasificación de cartera un instrumento extremadamente eficaz para el cumplimiento de su cometido. Pero obviamente no es el único, si se piensa que el control también está llamado a cumplir frente a las entidades financieras una labor sostenida de persuasión y negociación que consulte una vasta gama de medidas intermedias entre la simple amonestación y la intervención.

El control puede encontrar en la institución de las auditorías externas un excelente canal de colaboración a sus fines, toda vez que esas auditorías estén sujetas a compromisos recíprocos entre la autoridad y las instituciones fiscalizadas.

La necesidad de reducir el margen de discrecionalidad hace indispensable que el sistema de control contemple una instancia superior de arbitraje entre la supervigilancia administrativa y las instituciones del sistema financiero. Esa instancia debe estar representada por un cuerpo colegiado de alto nivel, que cumpla en parte el rol de garante de la confianza de la comunidad económica en el sistema financiero, y que debiera estar llamado a operar como tribunal de apelación de las decisiones más trascendentes que adopte la autoridad respecto de determinadas entidades, de las divergencias que se produzcan en materia de clasificación de cartera o de los cuestionamientos que se formulen en contra de las reglamentaciones emanadas de los organismos contralores.

2.5 Ambito de acción de la banca

Sin perjuicio que de buena parte de las actividades que realiza la banca caen en el campo de la intermediación financiera, esta circunstancia no debiera circunscribir el amplio espectro operacional que los bancos pueden cubrir en beneficio de sus clientes, en beneficio de su propia estabilidad como empresas y en beneficio del desarrollo económico de un país.

Por de pronto cabe también considerar en el ámbito de acción de la banca la vasta red de prestaciones que ya figuran en su catálogo de servicios (cuenta corriente, comercio exterior, cambios, cobranzas, vale vista, remesas de dinero, custodia, etc.), según se señaló en el punto 1.2.

Además de lo anterior, corresponde asimismo reconocer la legitimidad económica y social de las actividades que la banca pueda desarrollar en el ámbito de la administración de bienes de terceros, en el de las comisiones de confianza, en el de la colocación de

acciones de sociedades anónimas o en el de la promoción de actividades productivas, mediante figuras como el “underwriting”, por ejemplo, entre otros ámbitos.

Para operar en el marco de estos cometidos, el sistema bancario necesita de los instrumentos jurídicos adecuados para servirlos con eficacia y sin menoscabo de la transparencia de las actividades de intermediación.

2.6 Competencia

La competitividad del sistema financiero constituye un elemento fundamental para resguardar su eficiencia tanto en favor de los usuarios de sus servicios como de todo el cuerpo social. El sistema de mercado competitivo asegura, entre otras cosas, que el precio del crédito —vale decir, la tasa de interés— está reflejando en forma correcta su escasez relativa, al compatibilizar una remuneración equitativa para los ahorrantes y un financiamiento orientado sólo a los proyectos de mayor rentabilidad.

Los principales mecanismos para afianzar una efectiva competencia entre las instituciones del sistema financiero radican en las tasas libres de interés, en las normas que prevengan y repriman prácticas monopólicas, en las que faciliten el acceso a este mercado, en regulaciones operacionales al margen de todo privilegio y discriminación y en una supervigilancia sobre el sistema que, además de tecnificada y profesional, también sea equitativa.

La sana competencia entre las entidades financieras también supone un mercado adecuadamente informado respecto de las características de los instrumentos financieros disponibles y de la situación de solidez de los intermediarios. Esta información, para que sea útil y relevante, debe ser comprensible, selectiva y global. De otro modo, además de ineficaz, supondrá un costo enorme para los ahorrantes que la quieran asimilar y para las empresas financieras que la deban preparar.

2.7 Capacidad Operacional (relación de endeudamiento)

Las normas actualmente vigentes que limitan los depósitos y obligaciones para con terceros a veinte veces su capital pagado y reservas en el caso de los bancos, y a quince veces dicho capital pagado y reservas en el caso de las sociedades financieras, introducen una manifiesta inflexibilidad en la capacidad operacional de las instituciones financieras chilenas.

Esta rigidez es discutible y perniciosa a lo menos por dos conceptos.

—En primer lugar, porque no todas las entidades financieras se desenvuelven en el mismo entorno económico o están expuestas a los mismos niveles de riesgo. La relación de capital adecuado para una institución no necesariamente es la óptima para otra institución.

—En segundo lugar, porque no todos los compromisos que las instituciones financieras contraen ante terceros, sea por depósitos o por otros conceptos, tienen igual grado de exigibilidad por el plazo o por la naturaleza de las obligaciones, tal como, por lo demás, también los recursos de las entidades financieras para afrontar sus compromisos pueden reconocer distintos grados de liquidez y riesgo.

Destacan en el sentido señalado como compromisos de menor exigibilidad los depósitos en garantía de colocaciones y la intermediación de documentos con pacto de retrocompra. Corresponden a compromisos de mayor plazo las obligaciones hipotecarias,

los bonos y debentures y las obligaciones con el Banco Central y el exterior a largo plazo. Se inscriben entre las obligaciones contingentes las boletas de garantía enteradas con pagaré, las cartas de crédito, los avales y fianzas y la responsabilidad por intermediación de efectos de comercio. Entre los activos de menor riesgo, por su parte, cabe señalar los fondos disponibles en caja o depositados en el Banco Central, en otros bancos del país o corresponsales del exterior, los depósitos obligados en el Banco Central, las inversiones en instrumentos del Estado, los instrumentos de propia emisión en cartera y los documentos a cargo de otros bancos (canje).

Lo expuesto establece la conveniencia de flexibilizar la actual normativa a través de una disposición que, por ejemplo, permita a la autoridad aumentar hasta el cincuenta por ciento la capacidad de endeudamiento establecida de manera general en función de la menor exigibilidad que tengan algunos compromisos por consideraciones de plazo y naturaleza. Asimismo, debiera facultarse a la autoridad para deducir de las obligaciones afectas al límite aquellas que representan activos líquidos o de menor riesgo para las instituciones que los posean.

2.8 Control de riesgos operacionales (clasificación de cartera y régimen de provisiones)

Probablemente el mecanismo más eficaz que la normativa financiera puede contemplar para ponderar, identificar y poner bajo control los riesgos a que está expuesta la actividad financiera está representado por las clasificaciones de cartera. La actual normativa dispone que este trabajo se realice trimestralmente. Los créditos son clasificados dentro de 5 categorías, atendiendo a su calidad y posibilidades de recuperación. En el proceso se consultan los 400 mayores deudores de cada institución. Los créditos hipotecarios y de consumo se clasifican según el grado de antigüedad de la mora. De estas estimaciones y verificaciones se obtiene la determinación del nivel de riesgo de cada entidad financiera.

Las clasificaciones de cartera son revisadas por la Superintendencia del ramo, organismo que en definitiva determina el nivel de la cartera riesgosa de cada institución.

El actual sistema de clasificación de cartera podrá ser perfeccionado considerablemente introduciendo en él las siguientes modificaciones.

—Ampliando de 5 a 7 las categorías de riesgo, con el objeto de proveer una gama más amplia y exacta de la real situación de riesgo de las colocaciones. Esta mayor amplitud evita, para los fines de la constitución de provisiones por concepto de cartera riesgosa, la existencia de rangos demasiado amplios que en la actualidad, por ejemplo, obligan a proveer el 40 por ciento de los créditos de la penúltima categoría y el 100 por ciento de los clasificados en la última. El salto, a todas luces, carece de toda gradualidad.

—Estableciendo una instancia técnica e imparcial de apelación que, en forma expedita permita salvar las frecuentes discrepancias de criterio que se planteen respecto de las clasificaciones entre la respectiva Superintendencia y las instituciones financieras.

Apreciados y cuantificados los riesgos que pesan sobre la actividad bancaria, el régimen de provisiones constituye uno de los principales conductos para afrontarlos. En general, las provisiones son recursos que las instituciones financieras deben reservar para los fines de afrontar las pérdidas generadas principalmente por la irrecuperabilidad de los créditos. La actual normativa dispone la constitución de provisiones globales (0,75 por ciento del total de las colocaciones) y de provisiones por concepto de cartera riesgosa y cartera vencida no amparada por garantías reales.

Cualquiera sea la razón que las justifique, es un hecho que las provisiones han de ser de un nivel congruente con el volumen y la calidad de la cartera de colocaciones e inversiones cuyos riesgos protejan. Esta determinación no es sencilla, pero cualquiera sea el régimen que al efecto se diseñe, parecen pertinentes las siguientes observaciones.

—Es función de todo régimen de provisiones resguardar la estabilidad de la industria financiera. En la medida en que se transforme en una fuente de presiones desestabilizadoras sobre las empresas financieras significa que sus mecanismos están mal concebidos.

—Es de la naturaleza de la actividad bancaria que las provisiones se incrementen en períodos de normalidad económica, en términos que permitan acumular reservas para afrontar los riesgos en los períodos de crisis.

—Las provisiones realizadas contra “pérdidas” constituyen ficciones contables, de suerte que si un banco no obtiene resultados positivos no puede materialmente incrementar sus provisiones.

—Las provisiones se constituyen para cubrir las eventualidades adversas de la actividad financiera y nada obsta a que, en circunstancias calificadas, el capital y reserva de los bancos pueda ser asimilado a ellas, más todavía si se considera que los aportes de capital en los bancos y financieras pueden materializarse en dinero solamente. Naturalmente en estos casos la imputación del capital y reservas al volumen de provisiones necesarias de una institución financiera debería suspender el derecho a repartir dividendos entre los accionistas y en los estados financieros correspondería indicar qué proporción del capital y de las reservas está comprometida por las provisiones.

2.9 Cartera relacionada

El análisis del tema de la cartera relacionada debiera responder tanto a una legítima conjetura como al reconocimiento de una realidad objetiva que no está al alcance de la normativa financiera remover. La conjetura concierne al peligro de que los bancos analicen con mayor ligereza los requerimientos crediticios que les plantean las empresas vinculadas a los propietarios de cada banco en relación a las exigencias que plantean al resto de sus clientes. La realidad objetiva, por otra parte, remite a la imposibilidad de que en un país como Chile, con la escasez de capitales que existe, pueda separarse completa y totalmente la propiedad de las empresas productivas y la propiedad de las empresas financieras. Este ideal no pasa de ser una utopía y es a partir de nuestra realidad económica concreta que tiene sentido establecer un marco de regulaciones idóneas para corregir las distorsiones a que eventualmente la superposición tangencial de los roles de cliente y banquero dé lugar.

Los créditos a empresas relacionadas, en estricto rigor, no son un problema económico en sí sino sólo en la eventualidad de que correspondan a malos negocios. Ese riesgo, sin embargo, está presente en toda operación de crédito, de suerte que la verdadera solución para zanjar el problema radica en minimizar los riesgos generados por los malos negocios, al margen que los desarrollan accionistas del banco o terceros ajenos a su propiedad.

Dentro de este orden de ideas el mejor resguardo del sistema bancario para afrontar eventuales siniestros operacionales estriba en la diversificación de las colocaciones, entendida como la distribución de ellas en las diferentes áreas de la economía,

especialmente en las más dinámicas y, dentro de ellas, en los negocios mejor organizados y que ocupen posiciones de liderazgo en sus respectivos giros. Es esta consideración, por encima de cualquier otra, la que debe primar en favor de la solidez del sistema financiero, sin perjuicio de la conveniencia complementaria de que las colocaciones también estén diversificadas por montos y por deudores.

La normativa financiera puede disponer de numerosos y eficaces instrumentos para prevenir los eventuales abusos en materia de créditos relacionados y para sancionarlos toda vez que se hagan efectivos.

—Quizás el más poderoso de todos ellos es el mecanismo de clasificación de cartera, que pondera el riesgo de las operaciones y tiene incidencia decisiva en la constitución de provisiones para afrontarlos.

—Es también un mecanismo clarificador del problema la posibilidad de obligar a las entidades financieras a publicar su cartera relacionada, con indicación de las garantías que la respaldan.

—Dada la sensibilidad de la opinión pública sobre el particular, parece conveniente disponer que todo crédito relacionado deba ser clasificado, aun cuando su cuantía esté por debajo del listado de los 400 mayores deudores por institución contemplado en el proceso de clasificación.

—Poseen también incidencia apreciable en este tema las normas que la legislación financiera pudiera contener para fortalecer la independencia de la gestión directa de las empresas financieras frente a eventuales presiones de parte de los propietarios de las mismas.

—Parece conveniente, en fin, en el análisis y regulación del fenómeno de los créditos relacionados, abandonar definitivamente, por irrelevantes e ineficaces, los criterios cuantitativos, que en el fondo no hacen más que establecer zonas de impunidad sobre fracciones de la cartera que, por reducidas que sean, son peligrosas. Los créditos relacionados son antes un asunto de riesgo que de tamaño y por lo mismo el objetivo primordial de la normativa financiera ha de ser neutralizar ese riesgo.

2.10 Seguro de depósitos

La preocupación nacional por los seguros de depósitos se ha incrementado a raíz del proceso de desestabilización que ha registrado en los últimos tiempos el sistema financiero por efecto de la aguda crisis económica del país. La inquietud alcanza tanto a los depositantes —cuyos ahorros están protegidos por un seguro estatal que cubre hasta 100 unidades tributarias mensuales, aunque pueden optar a un seguro voluntario que permite cubrir adicionalmente otras 150 unidades tributarias— como a las autoridades, empeñadas en descargar las gravosas responsabilidades que han asumido en la práctica con motivo de las intervenciones. Después del 13 de enero último la autoridad debió extender ampliamente la cobertura del seguro para prevenir una caída en el nivel de los depósitos de la banca.

La idea de implementar un sistema de seguro que margine al Estado de esta responsabilidad coincide objetivamente con un momento particularmente adverso para la banca. La situación actual y el horizonte de mediano plazo del sistema hacen utópico que el seguro pueda llegar a cubrir la totalidad de los depósitos si se pretende que su financiamiento corra de cargo de las instituciones financieras. El costo de esta iniciativa

obligaría a tal aumento de los “spreads” que, a corto plazo, el efecto del alza se reflejaría en un deterioro todavía más acelerado de la cartera de los bancos. Resulta por lo mismo impensable concebir el sistema sin un compromiso importante por parte del Estado.

En cualquier caso —y por mucho que la puesta en marcha de un régimen de seguros de mayores alcances que el existente, y menos costoso para el Estado, suponga primero un completo saneamiento de la banca— parece conveniente avanzar al establecimiento de un seguro que ofrezca a lo menos un marco formal de resguardo a los depositantes, que sea costado por las instituciones intermediadoras y que sea canalizado a través de un organismo autónomo. Es muy improbable que en una primera etapa un fondo de esta naturaleza pueda efectivamente afrontar la contingencia de siniestros importantes, más aún si se tiene en cuenta la situación de la banca en la actualidad. No obstante una iniciativa de esta índole ya constituiría un primer paso para disponer al cabo de algunos años de un respaldo apreciable para el desenvolvimiento de la actividad financiera. En este entendido, el primaje en caso alguno debiera exceder de los rangos internacionales, que oscilan entre un 0,05 y un 0,08% del total de las captaciones.

Aún cuando este mecanismo proporcione en definitiva un soporte más formal que real —como por lo demás ocurre con esta institución en numerosos países, incluyendo a Estados Unidos— su incidencia no es despreciable si se tiene en cuenta que la intermediación es una actividad básicamente condicionada por la confianza pública.

Supuesta la implementación de un régimen de seguro de depósitos como el señalado, es importante que se defina de antemano una relación razonable entre el fondo que se constituiría para cubrir los siniestros y el volumen de los depósitos cubiertos por la garantía, a fin de que una vez superada esa relación las primas puedan ser suspendidas y vuelvan a entrar en vigencia sólo cuando las reservas del fondo caigan bajo el nivel definido como adecuado.

Cualquiera sea el mecanismo preventivo de siniestros que en definitiva se adopte es importante considerar, entre otros, los siguientes principios:

—El mecanismo debe descartar la aplicación o establecimiento de primas adicionales o préstamos de urgencia que, extraordinariamente, puedan comprometer la eficiencia de la intermediación financiera para el futuro.

—El establecimiento del seguro no puede comportar un relajamiento en las responsabilidades de control y fiscalización que asisten a las autoridades del sistema. Algunas de las iniciativas que se han dado a conocer sobre esta materia postulan un régimen de autovigilancia recíproca entre las instituciones financieras que, de llegar a ser aceptado, podría terminar restándole toda justificación a la supervigilancia y el control que ejercen o debieran ejercer los organismos contralores del sistema.

2.11 Tasas de interés

Por sí solo, el concepto de libertad de tasas de interés, que emerge de los principios básicos del actual esquema de desarrollo del país, no basta para garantizar el buen funcionamiento del sistema financiero. Desde el momento en que la industria financiera cumple funciones instrumentales de la política monetaria, y en la medida en que la tasa de interés está fuertemente condicionada por el manejo monetario de la economía, el proceso de determinación del precio del dinero supone un contexto macroeconómico que no lo distorsione ni lo exponga a fluctuaciones bruscas.

Por de pronto, es función de la política monetaria mantener la tasa de interés a niveles moderados, que representen una justa compensación al ahorro de las personas y de las empresas, pero que al mismo tiempo sean compatibles con el rendimiento normal de las inversiones productivas.

Además de moderadas, el sistema requiere para operar de tasas de interés estables. De otro modo invariablemente sus operaciones estarán sometidas a fluctuaciones y vuelcos que no tan sólo son factores que comprometen la eficacia del análisis de créditos, sino que además plantean contradicciones insalvables para el normal desenvolvimiento de los negocios y actividades productivas. Sin estabilidad, el desarrollo, más que difícil, es imposible.

Corresponde también a la política monetaria la responsabilidad de mantener un espectro congruente de tasas de interés entre las operaciones de corto y de largo plazo. En este cometido le cabe al Banco Central un rol fundamental para corregir los eventuales desequilibrios que se presenten.

En prevención de tales desequilibrios y trastornos es importante asimismo ponderar cuidadosamente los efectos que puedan provocar en el mercado las políticas sectoriales de incentivo del ahorro (vivienda, seguridad social, etc.), por cuanto discriminaciones demasiado pronunciadas a este respecto no hacen más que introducir ineficiencias en el proceso de asignación de recursos de la economía, en términos poco sanos.

La tasa de interés libre es un componente básico para hacer posible una competencia vigorosa entre las instituciones del sistema financiero.

3. Eficiencia del sistema financiero chileno

El cuestionamiento al sistema financiero chileno fue, hasta hace poco tiempo, un fenómeno marginal, pero de considerable vehemencia. La acelerada expansión y modernización de las actividades de intermediación dio lugar a críticas y sombrías conjeturas acerca del aporte substantivo que representaba para el país la dinamización de un sector de economía que no producía bienes sino exclusivamente servicios.

En gran medida esos reparos correspondieron a enfoques caracterizados por una declarada subestimación del rol de la intermediación financiera en el crecimiento económico del país. Dentro de modelos de desarrollo que consultan un marcado intervencionismo estatal y férreos controles sobre la tasa de interés, el crédito necesariamente se torna discriminatorio y selectivo en función de decisiones centralizadas. En ese contexto es obvio que el sistema financiero no pasa de ser un brazo instrumental de las decisiones de asignación de recursos adoptadas previamente a nivel burocrático y que las actividades del sistema no precisan de un grado significativo de desarrollo profesional y tecnológico.

Muy distinto es el rol del sistema en un modelo de economía mixta que contemple un margen de acción amplio a la iniciativa privada. En tal esquema al sistema financiero le corresponde destacada participación en la asignación de los recursos de la economía, en términos de orientarlos efectivamente hacia las actividades de mayor rentabilidad y que,

por lo mismo, contribuyan en mayor medida al desarrollo económico del país, garanticen una retribución más justa al esfuerzo de ahorro de las personas o de las empresas y hagan más fluidas las relaciones y transacciones financieras entre los agentes económicos.

La expansión del sistema financiero chileno desde 1974 en adelante estuvo determinada por la necesidad ineludible de adaptarse a este nuevo contexto de desarrollo y de recuperar el terreno perdido luego de un prolongado lapso de inercias y controles, durante el cual la industria financiera mundial continuó innovando y perfeccionándose tecnológicamente.

El esfuerzo desplegado para salvar esa brecha y responder a las expectativas y responsabilidades que le asignaba el modelo de economía libre frente al aparato productivo configura uno de los más importantes capítulos del proceso de modernización de la economía chilena. Esas conquistas fortalecieron substancialmente la profesionalización de las actividades del sector. Le permitieron cumplir un papel destacado en la captación de crédito externo, en la expansión de las exportaciones no tradicionales, en la recuperación de las actividades agrícolas y forestales y en el impulso que registró la construcción a partir de 1978, todo ello en consonancia con las oportunidades que abría al país la economía social de mercado. Paralelamente la industria financiera nacional entró a un proceso que hasta fines de 1980 le permitió gradualmente mejorar su eficiencia interna a través de una sostenida reducción de los márgenes de "spreads".

La crisis económica del país, cuyos síntomas ya eran perceptibles a mediados de 1981, relativizó en forma acelerada estas contribuciones a medida en que la situación del sistema financiero se iba debilitando como consecuencia del generalizado deterioro de las carteras de colocaciones. Este proceso favoreció la gravitación pública de posiciones extremas que, en sus desbordes, llegaron incluso a presentar al sistema financiero chileno como agente decisivo y causa de la aguda contracción económica del país.

Aunque los hechos han terminado desarticulando tales mistificaciones, y la opinión pública está cada vez menos dispuesta a dar fe a interpretaciones antojadizas de la crisis, persiste sin embargo en muchos sectores la sospecha en orden a que el sistema financiero chileno debe muchos de sus actuales sobresaltos a un problema de ineficiencia interna. Esta conjetura, si bien no obsta al reconocimiento de que la situación del sistema financiero es un reflejo literal del deterioro de las condiciones económicas generales del país, introduce un factor de desconfianza y confusión en la idoneidad de los agentes de la intermediación financiera chilena.

Esas percepciones han sido objeto de cuidadosa atención por parte del sistema financiero privado del país y están entre los principales antecedentes de un reciente estudio ordenado por la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras con el propósito de establecer la base objetiva de tales apreciaciones.

El detallado análisis realizado sobre el particular no sólo se limitó a un examen de la evolución de los indicadores de eficiencia del sistema financiero chileno en los últimos años, sino que además quiso establecer un parámetro insospechado de comparación, reuniendo para ello una muestra de 65 bancos norteamericanos, todos los cuales, aisladamente considerados, registran depósitos superiores a los 200 millones de dólares.

El señalado estudio, síntesis del cual se incluye en calidad de anexo, permite inferir las siguientes conclusiones, entre otras:

—La eficiencia interna del sistema financiero chileno ha mejorado substancialmente en los últimos 5 años. El cuociente de los gastos fijos o indirectos (gastos de personal, de

administración, contribuciones, depreciaciones, castigos y aportes a la Superintendencia del ramo, principalmente) sobre el volumen de los activos rentables del sistema (colocaciones e inversiones) se redujo en un 44 por ciento entre 1979 y 1983. El hecho está determinado por el mayor crecimiento que experimentó la cartera en relación a los gastos indirectos y revela de parte del sistema un mejor aprovechamiento de sus recursos humanos y de su infraestructura material y tecnológica, además de una mayor productividad en los gastos operacionales más relevantes.

—En 1983, el nivel de eficiencia interna del sistema financiero ha llegado a ser perfectamente comparable al de la banca norteamericana según la muestra seleccionada. La comparación de las relaciones mensuales de gastos indirectos sobre la cartera en Chile y en los EE.UU. es incluso —según el estudio— favorable a la intermediación financiera local por un margen de 2,9 por ciento.

—La ventaja en favor del sistema financiero chileno es tanto más destacable cuanto que su actividad está gravada por dos conceptos de elevada incidencia en sus costos operacionales. El primero es el aporte obligatorio de las entidades para el funcionamiento de la Superintendencia del sector, que equivale al 0,5 por mil semestral del término medio del activo registrado en el semestre inmediatamente anterior. El segundo está representado por un costo extraordinariamente alto de IVA no recuperado, que debe ser cubierto por las instituciones financieras con cargo a sus “spreads” operacionales, introduciendo distorsiones apreciables en la intermediación de recursos. Ambos conceptos han sido cuantificados en 2.426 millones anuales, que equivalen aproximadamente al 20 por ciento de los gastos de administración del sistema.

—El estudio también permite establecer que, bajo condiciones definidas como normales, los costos fijos del sistema financiero chileno —entendiendo por tales los gastos de administración, los gastos de cartera y la remuneración del capital— están muy lejos de acusar una brecha insalvable respecto de los que registra la banca norteamericana. La relación chilena es sólo un 9 por ciento superior a la norteamericana y puede explicarse perfectamente atendido el distinto grado de desarrollo entre un país y otro y los ya señalados gravámenes que pesan sobre la industria financiera nacional.

—Los señalados antecedentes dejan al margen de toda duda que las actuales dificultades del sector no responden a ineficiencias imputables a la gestión de las empresas financieras chilenas, sino fundamentalmente a los efectos corrosivos de una crisis económica mal enfrentada por el país y que ha elevado a extremos insostenibles los niveles de riesgo de la economía. Estos trastornos, junto con elevar los costos de la intermediación de recursos, están comprometiendo seriamente la viabilidad económica de los bancos y financieras del país.

La pretensión envuelta en los juicios que culpan al sistema en su conjunto de irresponsabilidad en sus políticas de crédito entraña un manifiesto contrasentido si se considera que prácticamente todo el aparato productivo del país acusa en sus niveles de actividad insuficiencias gravísimas que incluso comprometen las operaciones de las empresas que están libres de endeudamiento. Estas unidades productivas son desde luego las menos. La gran mayoría debe soportar con rangos insatisfactorios de actividad relaciones de endeudamientos que la vigencia de altas tasas de interés ha hecho insostenibles y que sólo podrán ser asumidas en un contexto vigoroso de reactivación. Por lo mismo imputar irresponsabilidad al sistema financiero equivale a sostener que éste debió renunciar a su misión intermediadora, autobloqueándose como fuente de financiamiento para el aparato productivo chileno. Se trata sin duda de un absurdo, del mismo calibre del

despropósito que comportan las acusaciones en este sentido que se le han dirigido al sistema.

Resulta evidente que, además de suponer empresas intermediadoras eficientemente organizadas, el sector financiero también requiere para operar un contexto económico mínimamente receptivo al desarrollo, una política monetaria que mantenga la tasa de interés dentro de rangos compatibles con la actividad productiva y, en fin, una política financiera de tasas de encaje, de sistemas de control, de provisiones y de tributos que sea consonante con la naturaleza de la intermediación. Estas variables están al margen del control de la industria financiera nacional y hay que buscar en ellas los factores decisivos de la actual desestabilización del sistema financiero.

4. Situación actual de la banca chilena

4.1 Introducción

En el análisis objetivo de la situación actual de la banca interfieren numerosos factores y situaciones de distinta envergadura técnica y variada jerarquía política. El problema es complejo. Se habla de una veloz y acelerada descapitalización de las empresas bancarias. Se destacan los préstamos de urgencia que el Banco Central ha cursado al sistema financiero, particularmente con posterioridad a las intervenciones del 13 de enero de 1983. Existen fundados temores en orden a que el sistema pueda seguir afrontando los gastos involucrados en el régimen vigente de provisiones. Persisten por otro lado numerosas conjeturas acerca de la propiedad de varias empresas financieras.

Enfocada desde cualquiera de estas perspectivas la situación es delicada, pero conviene jerarquizar los problemas no sólo para los efectos de esclarecer el debate que ya se ha estado produciendo sobre el particular sino —principalmente— para identificar las causas de fondo de la crisis del sector, con el propósito tanto de colocarlas bajo control como de avanzar al saneamiento definitivo del sistema financiero.

Para tales efectos se impone acoger una perspectiva de análisis lo suficientemente amplia como para dar cuenta no sólo de los problemas sino también de las oportunidades de normalización envueltas en el estado actual del sector y en la conveniencia de resguardar un sistema financiero libre y competitivo, congruente con el esquema de desarrollo del país.

4.2 La viabilidad de la banca

Lo que está en juego en la actualidad es la viabilidad económica a mediano plazo de las empresas bancarias privadas del país, atendidas las fuertes pérdidas de cartera en que han debido o deberán incurrir a raíz de la aguda contracción de la economía chilena. El debilitamiento de las colocaciones de la banca se expresa básicamente:

4.2.1 Créditos de recuperación incierta

El sistema soporta en la actualidad dificultades objetivas de recuperación de segmentos variables de la cartera de colocaciones. La crisis económica ha llevado a la

falencia a un elevado número de unidades productivas. Existe por otra parte un amplio sector de empresas que no están generando los flujos financieros suficientes para servir sus compromisos pendientes o diferidos con el sistema financiero. De mantenerse esta situación, las dificultades del sector serán cada vez mayores.

4.2.2 Caída de los ingresos

Los problemas de cartera también han determinado apreciables reducciones en los ingresos netos de las empresas bancarias. Porcentajes significativos de las colocaciones han dejado de producir ingresos, o los están generando en proporciones exiguas, y la banca está soportando fuertes gastos bajo la presión del régimen de provisiones vigentes.

Uno y otro hecho ponen al sector en posición vulnerable desde el punto de vista patrimonial e introducen incertidumbres acerca de la capacidad que tenga el sistema para afrontar los compromisos que ha contraído con los depositantes.

4.3 Otros problemas

Aparte del problema de cartera a que está enfrentada la banca, intervienen también, en forma tangencial, otras dificultades que si bien revisten gravedad no explican por sí solas el deterioro de las condiciones operacionales de las actividades de intermediación. Conviene por lo mismo aislar en el análisis estas dificultades de carácter incidental, dado que aún en el caso en que puedan ser superadas persistirán de todas maneras sobre la banca las presiones generadas por el volumen de los créditos que en definitiva las empresas intermediadoras no puedan recuperar y deban absorber, por lo tanto, en calidad de pérdidas.

Entre estas dificultades de índole incidental, las principales son las siguientes:

4.3.1 Problemas de liquidez

A menudo las dificultades de liquidez han sido consideradas como el síntoma más concluyente de la incapacidad de algunas empresas intermediadoras para seguir operando. Los bancos —es cierto— suelen quebrar por situaciones de iliquidez, toda vez que las percepciones adversas de los depositantes determinen caídas apreciables en el nivel de sus pasivos. Como los créditos no tienen la misma flexibilidad a la baja que tienen los depósitos, llega un momento en que termina rompiéndose el equilibrio de activos y pasivos y la situación se torna inmanejable. Con todo, este modelo de verificación de la sanidad de las empresas financieras admite las siguientes observaciones:

—En una situación de crisis económica global, los problemas generalizados de liquidez responden antes que nada a percepciones de desconfianza en el sistema financiero como un todo y en el manejo de la economía. También pueden corresponder a efectos indeseados de política monetaria. Por lo demás, situaciones holgadas de liquidez no necesariamente son garantía de solidez de las colocaciones, como tampoco situaciones de estrechez son reveladoras, por sí solas, de mala calidad de los créditos cursados.

—En el caso del sistema financiero chileno los problemas de liquidez están absolutamente condicionados por las restricciones impuestas por la política monetaria que se ha estado aplicando en los últimos años. Este manejo contractivo del dinero ha colocado al sistema bajo el influjo de presiones artificiales, las cuales incluso se tradujeron en descensos importantes en los niveles de depósitos durante varios meses de 1983. En

tales oportunidades, por cierto, era particularmente difícil rebajar el nivel de las colocaciones.

—La desconfianza en el sistema, por un lado, y las restricciones de política monetaria, por el otro, se combinaron durante el curso del año para producir un fuerte endeudamiento del sistema con el Banco Central, como era lógico que ocurriera. Este apoyo del Instituto Emisor a la banca carece no obstante de los contornos alarmantes con que algunos observadores han querido presentarlo. Es de la naturaleza de las funciones de la banca central en todo el mundo apoyar al sistema financiero en período de inestabilidad monetaria y económica. Tal apoyo, por lo mismo, es absolutamente normal dentro de la anomalía de las condiciones en que se ha desenvuelto la economía chilena en el último tiempo. En la medida en que los agentes económicos devuelvan su confianza al sistema, los problemas de liquidez gradualmente se irán disipando, como de hecho ha estado ocurriendo en los últimos meses.

—Si bien el sistema financiero es deudor de una importante cantidad de recursos por concepto de préstamos de urgencia, el Banco Central, a su turno, también es deudor del sistema por concepto de una serie de instrumentos financieros de vencimiento a largo plazo. El sistema financiero como un todo es acreedor neto del Banco Central. Este hecho, si bien no autoriza para practicar una compensación simple de obligaciones, dadas las diferencias de plazo que hay entre unas y otras, relativiza bastante, en cualquier caso, la pretendida dependencia absoluta en que se encontraría, respecto del Estado, la industria financiera privada nacional.

—En el análisis del problema, en fin, es imposible perder de vista el efecto agravante que han tenido sobre el particular las intervenciones de bancos. El hecho resulta tanto más apreciable cuanto que las entidades en situación más precaria de liquidez son precisamente los bancos intervenidos. Algunos sectores interpretan este fenómeno como síntoma de la desconfianza del público en la solidez de estas instituciones. La experiencia, sin embargo, ofrece poderosos elementos de juicio para establecer más bien que esa reacción está unida, por una parte, a los temores que suscita la calidad de la gestión que puedan cumplir los funcionarios delegados y, por la otra, a la crisis de credibilidad pública en los compromisos y reglas del juego que definen las autoridades al hacerse cargo de la administración de una empresa financiera.

4.3.2 Deficiencias normativas e inestabilidad patrimonial

En la percepción de la comunidad económica es también fuente de incertidumbre la situación patrimonial de la banca. Aunque el hecho está provocado por una deficiencia de carácter normativo, la opinión pública suele atribuirle alcances más graves. La posibilidad de que el sistema financiero haya perdido gran parte de su capital y reservas en el curso de la profunda crisis económica que ha vivido el país es aceptada como un hecho por muchos sectores de opinión. El asunto, en cualquier caso, dista bastante de estar clarificado. Los antecedentes de que el sistema dispone en la actualidad no permiten cuantificar con exactitud el volumen de los créditos que los bancos, en definitiva, no podrán recuperar. La suma de los créditos vencidos, de las operaciones en mora y de las colocaciones traspasadas al Banco Central no corresponde, bajo ningún punto de vista, a las pérdidas netas que el sistema deberá afrontar. Entre otras razones, porque esas colocaciones están a lo menos parcialmente cubiertas por buenas garantías, porque la recuperación de las mismas depende en muchos casos de convenios que están próximos a formalizarse y porque son numerosas las operaciones que se encuentran en entredichos contables exclusivamente por corresponder a créditos relacionados.

En cualquier caso, la magnitud de la cartera irrecuperable es sólo un aspecto —decisivo, por cierto— de la debilidad patrimonial de la banca chilena. En el tema, sin embargo, entran en juego factores que no tienen base real y que sólo corresponden a absurdos contables. A raíz de estas distorsiones el sistema presenta resultados adversos. Tales incongruencias son básicamente las siguientes:

—El actual régimen de provisiones obliga a las instituciones financieras a un esfuerzo y a un gasto exorbitado para cubrir riesgos eventuales de incobrabilidad precisamente en las fases más críticas del ciclo económico, con lo cual contradice la lógica que ha de presidir a todo régimen de provisiones en orden a que es durante los períodos de normalidad cuando las empresas financieras deben acumular reservas para afrontar los períodos de crisis.

—En la actual normativa los gastos en provisiones juegan contra las pérdidas, y por lo tanto contra capital, con lo cual se produce un doble contrasentido. Es dudosa, por una parte, la calidad del resguardo o de la reserva que pueda constituir un banco con recursos que no tiene, si es que arroja pérdidas. Por otra parte, si se considera que las provisiones protegen de un riesgo eventual —que el crédito no pueda ser recuperado y deba ser castigado— carece de sentido que esa eventualidad —que como tal es incierta— debilite precisamente el principal ítem que las empresas financieras tienen para responder ante los depositantes en caso que no puedan recuperar la integridad de sus colocaciones. Ese ítem no es otro que el de capital y reservas y no parece razonable comprometerlo con gastos que protegen no de siniestros concretos —castigos— sino de riesgos sólo eventuales. La actual mecánica de las provisiones conlleva una duplicación obvia de objetivos y por lo mismo es poco funcional además de nociva para la presentación de los resultados de las empresas financieras.

4.3.3 Incertidumbres acerca de la propiedad de los bancos

El deterioro patrimonial que la comunidad económica percibe en el sistema bancario con motivos reales o aparentes ha debilitado asimismo las nociones sobre propiedad de las empresas bancarias. El tema es objeto de cuestionamientos y entredichos en numerosos sentidos. Esta falta de clarificaciones no contribuye precisamente a restaurar la confianza en el sistema financiero y el problema está evidentemente agudizado por las intervenciones.

Los entredichos que afectan a la estructura de la propiedad de las empresas bancarias chilenas devienen en parte del deterioro objetivo de las condiciones de liquidez y riesgo bajo las cuales está operando el sector y, en parte también, de las posiciones de quienes ven en la nacionalización de la banca una solución a la actual encrucijada del sistema, como si esta opción solucionara siquiera en algo el problema de cartera que está en la raíz de la crisis de la actividad financiera chilena.

Descontado que una medida en esta dirección entraría en abierta contradicción con el modelo de economía libre, que la situación de liquidez se deterioraría aún más (como ha ocurrido invariablemente con las de todas las entidades intervenidas) y que la nacionalización tendría para el Estado costos muy superiores a la alternativa de conceder algunas facilidades al sector para que sean los propios bancos los que generen recursos en un plazo prudencial para absorber sus pérdidas, la necesidad de clarificar definitivamente el tema de la propiedad de la industria financiera chilena radica en que estas imprecisiones e incertidumbres son fuente de ineficiencia y factores de perturbación para la consolidación del sistema.

Un esfuerzo clarificador en el sentido señalado debiera procurar:

—Mantener la participación del sector privado en el mercado financiero por lo menos a los niveles que registraba a fines de 1982.

—Separar los problemas de liquidez que registren algunas entidades intermediadoras en la actualidad de los problemas de propiedad que puedan presentar. Unos y otros son de distinta naturaleza. Por lo mismo, son técnicamente impropias y constituyen un despropósito las iniciativas que postulan, como mecanismo de solución, la capitalización en favor del Estado de los préstamos de urgencia o de otros compromisos que el sistema tenga pendientes con el Banco Central.

—Aceptar que las debilidades que pueda presentar el sistema financiero en la actualidad exigen un marco económico vigoroso de reactivación y una normativa de emergencia que acelere la recuperación del sector financiero. Por consideraciones de eficiencia y costo la nacionalización no es alternativa. Por consideraciones de confianza pública en las actividades de intermediación, la opción de hacer recaer las pérdidas en los depositantes tampoco es concebible, dados los costos que tendría para toda la industria financiera durante mucho tiempo e incluso para la estabilidad futura del modelo de economía libre.

—La clarificación definitiva del tema de la propiedad de la banca chilena y las seguridades que la autoridad pueda ofrecer al respecto, son exigencias fundamentales para la eficiente gestión de las empresas bancarias. La experiencia de las intervenciones abiertamente insatisfactoria en materia de administración de las entidades incautadas y en el hecho estas decisiones no han conseguido sino agudizar los problemas en atención a los cuales las intervenciones fueron decretadas. El manejo de las empresas financieras supone responsabilidades de equipos de trabajo, cuadros ejecutivos coordinados e instancias de control interno que sean operativas, requerimientos que según lo demuestra la experiencia están lejos de quedar razonablemente cubiertos a través de la designación de interventores, todo ello sin considerar los trastornos que la medida impone a los clientes del banco afectado.

4.4 Bases para la recuperación de la banca

4.4.1 Reactivación de la economía

La viabilidad de la industria financiera chilena está abiertamente conectada a las condiciones objetivas que la economía chilena pueda establecer para asegurar que los usuarios finales del crédito tengan los flujos financieros proporcionados para cumplir sus compromisos con la banca. Con los actuales niveles de actividad, y dados los rangos que observa la tasa de interés, estas seguridades son precarias y el futuro del sistema financiero sigue siendo problemático. De persistir la situación contractiva, la dinámica de los hechos consumirá —tal como las ha consumido hasta ahora, en buena medida— todas las facilidades reales o los auxilios contables que se le puedan dispensar al sistema.

En otras palabras, sin recuperación económica y sin un crecimiento fuerte del producto, el saneamiento del sector financiero es improbable, cualquiera sea el marco normativo en que deba operar y sean privadas o estatales las empresas de intermediación.

Esta exigencia no hace otra cosa que reafirmar la misma relación directa de causalidad que provocó el debilitamiento del sistema financiero a medida que la crisis fue deteriorando todas las actividades productivas del país.

4.4.2 Absorción de las pérdidas

Establecida la eficiencia interna del sector financiero, y supuesto un contexto acelerado de reactivación para el futuro inmediato, las posibilidades de recuperación del sector son, a luz de las proyecciones, satisfactorias para el sistema como un todo. Esto significa que bajo condiciones normales de operación la industria financiera chilena es capaz de generar, en un plazo que se estima en 10 años, los ingresos suficientes para cubrir las pérdidas en que debió incurrir con ocasión de la crisis.

Obviamente que si se pretende hacer efectivas esas pérdidas desde ya el sistema va a la bancarrota, caso en el cual o el Estado se hace cargo de las empresas del sector, a un costo elevado desde el punto de vista fiscal, económico, financiero y social, o se precipita la quiebra con perjuicio para todos los depositantes y para el concepto mismo de intermediación financiera privada en el país.

La posibilidad de una recuperación del sistema a 10 años plazo está condicionada por las siguientes variables principalmente:

—Condiciones económicas generales razonablemente receptivas al desarrollo, sobre todo en lo que concierne a una política monetaria capaz de asegurar niveles aceptables de liquidez y la vigencia de tasas moderadas de interés.

—Reforma del actual régimen de provisiones, en términos compatibles con la normalización del sistema financiero en el plazo de 10 años. La constitución de provisiones deberá dejar de jugar contra pérdidas y los bancos podrán computar en el nivel de provisiones exigidas su capital y reservas. Mientras así ocurra, las entidades no podrán distribuir dividendos entre los accionistas.

—Una supervigilancia sobre el sistema financiero que, junto con ser sensible a las contingencias de la crisis económica, induzca a las entidades del sector a ajustar sus rangos operacionales de eficiencia, particularmente en el caso de aquellas donde la absorción de las pérdidas será más lenta y difícil, según estimaciones de carácter estrictamente técnico. En estos casos la autoridad negociará individualmente con cada institución los ajustes administrativos necesarios para garantizar los flujos requeridos en el tiempo, compatibilizando estos objetivos con los resguardos operacionales que sugieran las circunstancias y las recomendaciones inspiradas en un sano pragmatismo (nuevas líneas de actividad que sean rentables, políticas de diversificación de las colocaciones, facilidades para la venta de bienes adjudicados, facilidades para capitalizar deudas en sociedades espectaculares, fusiones o incorporación de nuevos accionistas, etc.).

—Atendidos y cubiertos los requerimientos señalados, el sistema financiero demanda adicionalmente un dispositivo para fortalecer su situación de capital. Este mecanismo está llamado a introducir un factor de estabilidad en las operaciones de la banca chilena, sobre todo de cara al exterior, y debería operar en los siguientes términos:

- * Cada empresa bancaria es autorizada a vender al Banco Central el volumen de colocaciones que estime necesario en función de su propia realidad y conveniencia.
- * Las empresas bancarias son autorizadas para emitir un bono a 10 años plazo, convertible en acciones si no es amortizado en las fechas que sean previstas, por un monto igual a su capital y reservas y a una tasa de interés real del 2% al año.
- * El bono es adquirido por el Banco Central y los emisores contraen la obligación de recomprarlo dentro del plazo de 10 años, con un período de gracia de 3 años, en cuotas sucesivas e iguales.

- * La recompra se hará con ingresos netos o con acciones de acuerdo a una paridad determinada. Para determinar si el banco emisor tuvo ingresos operacionales para enfrentar la recompra o si tendrá que emitir acciones para tal efecto, se atenderá a la capacidad que haya acreditado la institución para recomprar cartera vendida en una proporción igual o superior a la que haya estado obligada. Si no fue capaz de hacer esta recompra, procederá a amortizar el bono con una emisión de acciones, previo castigo de las pérdidas.
- * La liquidez generada por la operación es aplicada por los bancos emisores a saldar los préstamos de urgencia con el Banco Central, si los tienen, u otros compromisos que tengan pendientes con él. Si el banco no tiene préstamos de urgencia u otros compromisos con el instituto emisor, podrá prestar dichos recursos, a U.F. + 5% anual, con el aval del Estado, a otras instituciones bancarias que no hayan alcanzado a saldar sus obligaciones de corto plazo con el Banco Central.
- * La emisión del bono con opción de convertibilidad en acciones será facultativa.
- * En el mecanismo planteado, el banco que no genere ingresos para recomprar la fracción del bono a que está obligado procede en el fondo a capitalizar el vencimiento en favor del Banco Central. A través de este mecanismo el Instituto Emisor se hace dueño del banco en el porcentaje que corresponda. El capital se reduce en proporción directa a la pérdida del ejercicio, pero esta pérdida no la soporta el Banco Central sino los accionistas antiguos de la institución.

La necesidad de implementar una iniciativa como la planteada radica —dada la naturaleza de la actividad intermediadora— en que no basta garantizar al sistema condiciones de operación que permitan a la mayoría de las instituciones superar la crisis. Necesariamente deben hacerlo todas, dado que la insolvencia de cualquiera tiene efectos perturbadores sobre todo el resto del sistema.

EFICIENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO.
UNA EVALUACION EMPIRICA

Comité de Gerentes Generales
Asociación de Bancos e Instituciones
Financieras de Chile, A.G.

Octubre, 1983

1. INTRODUCCION

El cuestionamiento al sistema financiero chileno fue, hasta hace poco tiempo, un fenómeno marginal pero de considerable vehemencia. La acelerada expansión y modernización de las actividades de intermediación dio lugar a críticas y sombrías conjeturas acerca del aporte substantivo que representaba para el país la dinamización de un sector de economía que no producía bienes sino exclusivamente servicios.

En gran medida esos reparos correspondieron a enfoques caracterizados por una declarada subestimación del rol de la intermediación financiera en el crecimiento del país. Dentro de modelos de desarrollo que consultan un marcado intervencionismo estatal y férreos controles sobre la tasa de interés, el crédito necesariamente se torna discriminatorio y selectivo en función de decisiones centralizadas. En ese contexto es obvio que el sistema financiero no pasa de ser un brazo instrumental de las decisiones adoptadas previamente a nivel burocrático y que las actividades del sistema no precisan de un grado significativo de desarrollo profesional y tecnológico.

Muy distinto es el rol del sistema en un modelo de economía mixta que contemple un margen de acción amplio a la iniciativa privada. En tal esquema al sistema financiero le corresponde destacada participación en la asignación de los recursos de la economía, en términos de orientarlos efectivamente hacia las actividades de mayor rentabilidad y que, por lo mismo, contribuyen en mayor medida al desarrollo económico del país, garanticen una retribución más justa al esfuerzo de ahorro de las personas o de las empresas y hagan más fluidas las relaciones y transacciones financieras entre los agentes económicos.

La expansión del sistema financiero chileno desde 1974 en adelante estuvo determinada por la necesidad ineludible de adaptarse a este nuevo contexto de desarrollo y de recuperar el terreno perdido luego de un prolongado lapso de inercias y controles, durante el cual la industria financiera mundial continuó innovando y perfeccionándose tecnológicamente.

El esfuerzo desplegado para salvar esa brecha y responder a las expectativas y responsabilidades que le asignaba el modelo de economía libre frente al aparato productivo configura uno de los más importantes capítulos del proceso de modernización de la economía chilena. Esas conquistas fortalecieron substancialmente la profesionalización de las actividades del sector. Le permitieron cumplir un papel destacado en la captación de crédito externo, en la expansión de las exportaciones no tradicionales, en la recuperación de las actividades agrícolas y forestales y en el impulso que registró la construcción a partir de 1978, todo ello en consonancia con las oportunidades que abría

al país la economía social de mercado. Paralelamente la industria financiera nacional entró a un proceso que hasta fines de 1980 le permitió gradualmente mejorar su eficiencia interna a través de una sostenida reducción de los "spreads".

La crisis económica del país, cuyos síntomas ya eran perceptibles a mediados de 1981, relativizó en forma acelerada estas contribuciones a medida en que la situación del sistema financiero se iba debilitando como consecuencia del generalizado deterioro de las carteras de colocaciones. Este proceso favoreció la gravitación pública de posiciones extremas que, en sus desbordes, llegaron incluso a presentar al sistema financiero chileno como agente decisivo y causa de la aguda contracción económica del país.

Aunque los hechos han terminado desarticulando tales ideas, persiste sin embargo en muchos sectores la sospecha en orden a que el sistema financiero chileno debe muchos de sus actuales sobresaltos a un problema de ineficiencia interna. Esta conjetura, si bien no obsta al reconocimiento de que la situación del sistema financiero es un reflejo literal del deterioro de las condiciones económicas generales del país, introduce un factor de desconfianza y confusión en la idoneidad de los agentes de la intermediación financiera chilena.

2. OBJETIVO

El objeto de este trabajo es evaluar la eficiencia interna del sistema financiero chileno, entendiendo por tal la relación que existe entre sus gastos indirectos (gastos en personal, administración y otros similares) y su volumen de actividad medido por el monto de su cartera.

Es claro que la eficiencia interna se refiere sólo a un aspecto de la eficiencia total. El costo total del proceso de intermediación puede verse afectado no sólo por los gastos indirectos, sino también por otros factores, algunos no controlables directamente por la banca. Altas tasas de encaje, impuestos indirectos, o bien un medio económico extraordinariamente adverso que aumente el riesgo y obligue a efectuar gastos de cartera más allá de la normal, puede explicar la existencia de un alto costo de intermediación, aun bajo condiciones de relativa eficiencia interna.

Se ha planteado en diversas instancias que el costo de intermediación es en estos momentos muy alto y, por tanto, que el sistema financiero es ineficiente. La finalidad principal de este trabajo es mostrar que el sistema financiero chileno no presenta un problema de ineficiencia interna, y que si el costo de intermediación ha subido ello obedece a factores exógenos a la banca.

3. HIPOTESIS

Las hipótesis específicas que el trabajo se propone demostrar son las siguientes:

- a) La eficiencia interna del sistema financiero chileno ha mejorado considerablemente en el transcurso de los últimos años.

- b) La eficiencia interna del sistema financiero chileno es en estos momentos comparable con la de la banca norteamericana. Los diferenciales de eficiencia son razonables dado el distinto grado de desarrollo general de ambos países.

4. METODOLOGIA

Para demostrar empíricamente la primera hipótesis, se construyó una serie anual de la relación entre los gastos indirectos y el monto promedio de la cartera de colocaciones e inversiones, para el período 1979-1983. Simultáneamente se construyeron series de las relaciones entre los principales componentes de los gastos indirectos (gastos en personal, administración y otros gastos indirectos) y de la cartera total, para el mismo período. Con el objeto de evaluar diferencias al interior del sistema financiero, todas las series fueron desagregadas por grupos de instituciones.

Para evaluar la segunda hipótesis se utilizó como punto de comparación una muestra de 65 bancos norteamericanos con depósitos mayores de US\$ 200 millones. Las mismas relaciones definidas anteriormente fueron calculadas para esta muestra.

5. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Los resultados obtenidos se resumen en los cuadros que se adjuntan. Ellos proporcionan un fuerte apoyo empírico a las hipótesis del trabajo. Se demuestra, en primer lugar, que la eficiencia del sistema, y de los distintos grupos de instituciones considerados, ha mejorado considerablemente en los últimos cinco años. El cociente gastos indirectos/cartera del sistema en su conjunto se redujo en un 44% entre 1979 y 1983. Esto se explica por el fuerte crecimiento del volumen de actividad financiera. La cartera total creció a un ritmo muy superior a los gastos indirectos.

Los resultados apoyan también la segunda hipótesis. El sistema financiero chileno habría alcanzado en 1983 un nivel de eficiencia interna perfectamente comparable con el de la banca norteamericana. El gasto indirecto sobre la cartera del sistema financiero chileno, según los antecedentes recopilados, es incluso menor que el de la muestra de bancos norteamericanos utilizada para efectos de comparación. Si a los gastos indirectos se agregan otros gastos y costos (gastos de cartera y remuneración del capital), se tiene que bajo condiciones definidas como normales, el costo fijo sobre la cartera del sistema financiero chileno es sólo un 9% superior a la de la muestra antes mencionada. Este diferencial es perfectamente razonable, considerando el distinto grado de desarrollo de ambos países.

Las cifras del grupo de instituciones más pequeñas muestran diferencias significativas con las de la muestra de bancos norteamericanos. Al respecto es necesario hacer algunas consideraciones. Primero, debido a la existencia de economía de escala, es lógico que las

instituciones más pequeñas aparezcan con niveles de eficiencia menores. Segundo, las cifras correspondientes a la muestra de bancos norteamericanos son promedios. Algunos bancos están por arriba y otros por debajo de los niveles medios. Por esta razón, el análisis que tiene una mayor validez es la comparación de los promedios del sistema financiero chileno y los de la muestra de bancos norteamericanos.

La eficiencia relativa del sistema financiero chileno debe ser evaluada considerando que su actividad está gravada por dos conceptos de elevada incidencia en sus costos operacionales. El primero es el aporte obligatorio de las entidades para el funcionamiento de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que equivale al 0,5 por mil semestral del término medio del activo registrado en el semestre inmediatamente anterior. El segundo está representado por un costo relativamente alto de IVA no recuperado, que debe ser cubierto por las instituciones financieras con cargo a sus "spreads" operacionales, introduciendo distorsiones apreciables en la intermediación de recursos. Ambos conceptos han sido cuantificados en una cifra que equivale aproximadamente al 20 por ciento de los gastos de administración del sistema.

Consideración Metodológica

1. Las instituciones del sistema financiero chileno fueron clasificadas en los siguientes grupos:
 - a) (Grupo de Bancos A: aquellos con colocaciones superiores al 5% de las colocaciones totales del sistema.
 - b) Grupo de bancos B: aquellos con colocaciones entre el 1% y el 5% de las colocaciones totales del sistema.
 - c) Resto: bancos con colocaciones inferiores al 1% de las colocaciones totales del sistema, y sociedades financieras.
2. Con el objeto de aislar el efecto del Banco del Estado sobre el Grupo de Bancos A y el sistema total, se calcularon cifras con y sin el Banco del Estado en ambos grupos.
3. Las definiciones operacionales de las categorías básicas aplicadas al sistema financiero chileno son:
 - a) **Cartera:** promedio de los saldos promedios mensuales de las colocaciones e inversiones. Cuando no se dispuso del saldo promedio mensual se consideró el saldo a fines de mes.
 - b) **Gastos de personal:** suma de remuneraciones al personal, imposiciones patronales, honorarios y otros pagos al personal.
 - c) **Gastos de administración:** partidas agrupadas bajo ese título en modelo de balance de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.
 - d) **Otros gastos indirectos:** suma de otros impuestos y contribuciones, depreciación del activo fijo, castigo activo fijo y varios, y otras provisiones (distintas a las provisiones para la cartera de colocaciones e inversiones).
 - e) **Gastos indirectos:** suma de gastos en personal, gastos de administración y otros gastos indirectos.
4. Las mismas categorías generales fueron aplicadas a la muestra de bancos norteamericanos, reconociendo que pueden existir pequeñas diferencias en sus definiciones operacionales, esto es, en las partidas que incluyen y excluyen.
5. El costo fijo se definió como la suma de los gastos indirectos, los gastos de cartera (en provisiones y castigos de la cartera), y las utilidades (remuneración del capital).

El costo fijo normal para el sistema financiero chileno se definió como la suma de los gastos indirectos efectivos, gastos de cartera normales y utilidades normales. Se supuso que los gastos de cartera normales, expresados como porcentaje de la cartera, eran iguales a dos veces los gastos por este concepto de un grupo de bancos norteamericanos (que no coincide con la muestra antes mencionada) durante años de corte recesivo (particularmente 1975 y 1982). La cifra que se utilizó es 0,10% mensual. Se supuso además, que la utilidad normal, expresada como porcentaje de la cartera, es aquella que resulta consistente con una rentabilidad sobre el patrimonio (capital y reservas) de 20% y una relación patrimonio/cartera de 1/12, que equivale a un 0,14% mensual sobre la cartera.

6. Se consideraron sólo las instituciones existentes a marzo de 1982, quedando excluidas aquellas en proceso de liquidación.

7. Fuentes de Información

- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, **Información Financiera**.
- Banco Central de Chile, **Síntesis Monetaria**.
- Estados de Situación de las instituciones financieras chilenas.
- Memorias de bancos norteamericanos.
- Federal Reserve, **Functional Cost Analysis**.

RESUMEN

BASE DE ADMINISTRACION SOBRE CARTELA
 (Base de datos estadística en porcentaje)

Indicador	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987
1. Gastos de inversión	0.11	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
2. Gastos de explotación	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
3. Gastos de mantenimiento	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
4. Gastos de personal	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
5. Gastos de energía	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
6. Gastos de transporte	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
7. Gastos de otros	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
8. Gastos de depreciación	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
9. Gastos de impuestos	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
10. Gastos de otros	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10

CUADROS ESTADISTICOS

CUADRO N° 3

BASE DE ADMINISTRACION SOBRE CARTELA
 (Base de datos estadística en porcentaje)

Indicador	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987
1. Gastos de inversión	0.11	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
2. Gastos de explotación	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
3. Gastos de mantenimiento	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
4. Gastos de personal	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
5. Gastos de energía	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
6. Gastos de transporte	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
7. Gastos de otros	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
8. Gastos de depreciación	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
9. Gastos de impuestos	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10
10. Gastos de otros	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10	0.10

CUADRO N° 1

GASTOS DE PERSONAL SOBRE CARTERA
(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	1979	1980	1981	1982	1983 1/
1. Grupo de Bancos A	0,40	0,34	0,26	0,20	0,17
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,30	0,26	0,21	0,16	0,13
1.2 Banco del Estado	0,59	0,47	0,38	0,30	0,26
2. Grupo de Bancos B	0,37	0,34	0,30	0,27	0,23
3. Resto	0,33	0,34	0,47	0,33	0,28
4. Total Sistema	0,38	0,34	0,29	0,23	0,19
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,33	0,31	0,27	0,22	0,18
4.2 Banco del Estado	0,59	0,47	0,38	0,30	0,26

1/ Cifras del primer semestre.

CUADRO N° 2

GASTOS DE ADMINISTRACION SOBRE CARTERA
(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	1979	1980	1981	1982	1983 1/
1. Grupo de Bancos A	0,11	0,10	0,10	0,08	0,06
1.1 Grupo de Bancos A Sin Banco del Estado	0,13	0,13	0,12	0,09	0,07
1.2 Banco del Estado	0,06	0,05	0,05	0,04	0,04
2. Grupo de Bancos B	0,18	0,17	0,17	0,13	0,12
3. Resto	0,28	0,25	0,34	0,22	0,20
4. Total Sistema	0,15	0,14	0,14	0,10	0,09
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,17	0,16	0,16	0,12	0,10
4.2 Banco del Estado	0,06	0,05	0,05	0,04	0,04

1/ Cifras del primer semestre.

CUADRO N° 3

OTROS GASTOS INDIRECTOS SOBRE CARTERA

(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	1979	1980	1981	1982	1983 1/
1. Grupo de Bancos A	0,04	0,03	0,03	0,05	0,04
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,03	0,03	0,02	0,05	0,04
1.2 Banco del Estado	0,05	0,03	0,04	0,05	0,05
2. Grupo de Bancos B	0,05	0,05	0,05	0,08	0,05
3. Resto	0,21	0,16	0,10	0,09	0,10
4. Total Sistema	0,05	0,05	0,04	0,06	0,05
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,06	0,05	0,04	0,07	0,05
4.2 Banco del Estado	0,05	0,03	0,04	0,05	0,05

1/ Cifras del primer semestre.

CUADRO N° 4

GASTOS INDIRECTOS SOBRE CARTERA

(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	1979	1980	1981	1982	1983 1/
1. Grupo de Bancos A	0,55	0,47	0,39	0,33	0,27
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,46	0,42	0,36	0,31	0,23
1.2 Banco del Estado	0,70	0,56	0,46	0,38	0,34
2. Grupo de Bancos B	0,60	0,56	0,52	0,49	0,41
3. Resto	0,82	0,76	0,91	0,64	0,58
4. Total Sistema	0,59	0,53	0,47	0,40	0,33
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,56	0,53	0,47	0,41	0,32
4.2 Banco del Estado	0,70	0,56	0,46	0,38	0,34

1/ Cifras del primer semestre.

CUADRO N° 5

GASTOS EN PERSONAL SOBRE LA CARTERA.
ANALISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA FINANCIERO
CHILENO Y LA BANCA NORTEAMERICANA
(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	Valor Relación 1/ (A)	Valor promedio Bancos EE.UU.		%	
		2/ (B)	(A) - (B)	(A) - (B)	(B)
1. Grupo de Bancos A	0,17	0,17	0,00		0,0
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,13	0,17	-0,04		-23,5
1.2 Banco del Estado	0,26	0,17	0,09		52,9
2. Grupo de Bancos B	0,23	0,17	0,06		35,3
3. Resto	0,28	0,17	0,11		64,7
4. Total Sistema	0,19	0,17	0,02		11,8
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,18	0,17	0,01		5,9
4.2 Banco del Estado	0,26	0,17	0,09		52,9

1/ Cifras del primer semestre de 1983.

2/ Cifras de 1981.

CUADRO N° 6

GASTOS ADMINISTRATIVOS SOBRE CARTERA.
ANALISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA FINANCIERO
CHILENO Y LA BANCA NORTEAMERICANA
(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	Valor Relación 1/ (A)	Valor promedio Bancos EE.UU.		%	
		2/ (B)	(A) - (B)	(A) - (B)	(B)
1. Grupo de Bancos A	0,06	0,14	-0,08		-57,1
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,07	0,14	-0,07		-50,0
1.2 Banco del Estado	0,04	0,14	-0,10		-71,4
2. Grupo de Bancos B	0,12	0,14	-0,02		-14,3
3. Resto	0,20	0,14	0,06		42,9
4. Total Sistema	0,09	0,14	-0,05		-35,7
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,10	0,14	-0,04		-28,6
4.2 Banco del Estado	0,04	0,14	-0,10		-71,4

1/ Cifras del primer semestre de 1983.

2/ Cifras de 1981.

CUADRO N° 7

**OTROS GASTOS INDIRECTOS SOBRE LA CARTERA.
ANALISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA FINANCIERO
CHILENO Y LA BANCA NORTEAMERICANA**
(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	Valor Relación 1/ (A)	Valor promedio Bancos EE.UU.		%	
		2/ (B)	(A) - (B)	(A) - (B)	(B)
1. Grupo de Bancos A	0,04	0,03	0,01		33,3
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,04	0,03	0,01		33,3
1.2 Banco del Estado	0,05	0,03	0,02		66,7
2. Grupo de Bancos B	0,05	0,03	0,02		66,7
3. Resto	0,10	0,03	0,07		233,3
4. Total Sistema	0,05	0,03	0,02		66,7
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,05	0,03	0,02		66,7
4.2 Banco del Estado	0,05	0,03	0,02		66,7

1/ Cifras del primer semestre de 1983.

2/ Cifras de 1981.

CUADRO N° 8

**GASTOS INDIRECTOS SOBRE CARTERA.
ANALISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA FINANCIERO
CHILENO Y LA BANCA NORTEAMERICANA**
(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	Valor Relación 1/ (A)	Valor promedio Bancos EE.UU.		%	
		2/ (B)	(A) - (B)	(A) - (B)	(B)
1. Grupo de Bancos A	0,27	0,34	-0,07		-20,6
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,23	0,34	-0,11		-32,4
1.2 Banco del Estado	0,34	0,34	0,00		0,0
2. Grupo de Bancos B	0,41	0,34	0,07		20,6
3. Resto	0,58	0,34	0,24		70,6
4. Total Sistema	0,33	0,34	-0,01		-2,9
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,32	0,34	-0,02		-5,9
4.2 Banco del Estado	0,34	0,34	0,00		0,0

1/ Cifras del primer semestre de 1983.

2/ Cifras de 1981.

CUADRO Nº 9

**COSTOS FIJOS SOBRE CARTERA.
ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA FINANCIERO
CHILENO Y LA BANCA NORTEAMERICANA**

(Relación mensual expresada en porcentaje)

Institución	Valor Relación 1/ (A)	Valor promedio Bancos EE.UU. 2/ (B)	(A) - (B)	% (A) - (B) (B)
1. Grupo de Bancos A	0,52	0,53	-0,01	-1,9
1.1 Grupo de Bancos A sin Banco del Estado	0,48	0,53	-0,05	-9,4
1.2 Banco del Estado	0,59	0,53	0,06	11,3
2. Grupo de Bancos B	0,66	0,53	0,13	24,5
3. Resto	0,83	0,53	0,30	56,6
4. Total Sistema	0,58	0,53	0,05	9,4
4.1 Total Sistema sin Banco del Estado	0,57	0,53	0,04	7,5
4.2 Banco del Estado	0,59	0,53	0,06	11,3

1/ Costos fijos "normales" sobre cartera.

2/ Cifras del primer semestre de 1983.

VALOR CONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 19 BIS
DEL DECRETO LEY N° 1.097 DE 1975
UN INFORME EN DERECHO

JOSE LUIS CEA EGAÑA

Santiago, enero de 1983

Se me ha pedido informar sobre la constitucionalidad del artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, estatuto éste publicado en el Diario Oficial el 25 de julio de 1975.

I. FUNDAMENTOS ESGRIMIDOS Y TEXTO DEL PRECEPTO CONSULTADO

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097 de 1975 fue introducido en éste por el artículo 6° letra b) de la Ley N° 18.022, publicada en el Diario Oficial el 19 de agosto de 1981.

Dicho Decreto Ley fue dictado teniendo presente que “el interés nacional exige mantener una adecuada vigilancia y control sobre las instituciones financieras que en el giro de sus negocios utilizan fundamentalmente recursos del público” (1), como asimismo que “en tal virtud, se hace necesario dotar a la Superintendencia de Bancos, que pasa a denominarse Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de una nueva organización jurídica, que le permita cumplir sus funciones en una forma más ágil y eficiente” (2).

El texto del artículo 19 bis citado, incluido en el Título III o de Las Sanciones del Decreto Ley N° 1.097, es el siguiente:

“Artículo 19 bis.— Cuando a juicio del Superintendente, la situación de una institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente se le podrán prohibir total o parcialmente uno o más de los actos que se indican en este artículo por el plazo que estime necesario. Se entenderá en todo caso que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución.

La institución, en estos casos, quedará sujeta a las siguientes prohibiciones:

1) Otorgar nuevos créditos a cualquiera persona natural o jurídica vinculada, directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución.

2) Renovar por más de treinta días cualquier crédito.

3) Alzar o limitar las garantías de los créditos vigentes.

(1) Decreto Ley N° 1.097 cit., considerando 1°.

(2) Id., considerando 3°.

4) Adquirir o enajenar bienes corporales o incorporeales que correspondan al activo fijo o a sus inversiones financieras.

5) Enajenar documentos de su cartera de colocaciones.

6) Otorgar créditos sin garantía.

7) Otorgar nuevos poderes que habiliten para efectuar cualquiera de los actos señalados en los números anteriores.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20, los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos en el inciso anterior, serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Durante el lapso a que se refiere este artículo, la revocación o renuncia de los directores de la institución o la renuncia o término de contrato de sus gerentes, administradores o apoderados no producirán efecto alguno, si tales actos no han sido autorizados por el Superintendente.

Si durante ese mismo período se convocara a junta de accionistas para aumentar el capital de la institución, fusionarla o vender sus activos, el Superintendente podrá modificar el plazo de convocatoria y el número de avisos a publicar con este mismo objeto".

Puesto que el precepto transcrito se refiere al artículo 20 del mismo Decreto Ley N° 1.097, necesario es reproducir su texto a continuación:

"Artículo 20.— Los directores, administradores, gerentes, apoderados o empleados de una institución fiscalizada que aprueben o ejecuten operaciones no autorizadas por la ley, por los estatutos o por las normas impartidas por la Superintendencia, responderán con sus bienes de las pérdidas que dichas operaciones irroguen a la empresa".

II. IDEAS MATRICES DEL ARTICULO 19 bis

El análisis del artículo citado permite formular desde luego y sinópticamente las ideas fundamentales que lo caracterizan, el examen exhaustivo de las cuales se hará en los capítulos siguientes de este informe:

1º Estatuye con carácter permanente y no transitorio, a pesar que habría sido dictado sólo para situaciones de esta última especie (3);

2º Confiere facultades discrecionales al Superintendente para declarar cuándo, a su juicio, la situación de una institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente, conceptos ambos absolutamente indefinidos en la ley y que ese

(3) Consultar las explicaciones dadas por el entonces Vicepresidente del Banco Central, Hernán Felipe Errázuriz, publicadas en "El Mercurio" de Santiago el 6 de septiembre de 1981, como asimismo el "Análisis de la Legislación Bancaria y Mercado de Capitales", incluido en Banco Central de Chile: *Legislación Económica Chilena y de Comercio Internacional*. (Santiago, Alfabet, 1982), pp. 358-362.

funcionario es llamado a configurar en casos concretos, sin los parámetros objetivos exigibles al efecto;

3º Otorga nuevos poderes discrecionales al Superintendente, puesto que lo autoriza para prohibir, total o parcialmente y sin núcleo rector legal de ninguna especie, uno o más de los siete tipos de actos que enumera en el inciso segundo, al comienzo de los cuales aparece el que carece de los mínimos contornos de precisión que el legislador debió consagrar para no incurrir en una delegación de sus atribuciones vedada por la Constitución;

4º Entrega más capacidades discrecionales al Superintendente cuando declara que las aludidas prohibiciones puede él imponerlas por el plazo que estime necesario, es decir, indefinidamente si así lo decide a su juicio exclusivo;

5º Establece una presunción de derecho al declarar que se entenderá, en todo caso, que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas, directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la misma institución, siendo indispensable subrayar que tal presunción se funda en los conceptos de concentración y vinculación que no tienen perfiles suficientemente definidos en nuestro derecho positivo;

6º Prosigue acumulando discrecionalidad en el Superintendente desde que a éste le es dado autorizar o no, por escrito, cualquiera de los actos prohibidos, sin trazar siquiera elementales criterios de decisión para uno y otro evento;

7º Extiende el poder discrecional a la autorización que el Superintendente puede o no conceder para que la revocación o renuncia de los directores de la institución afectada y la renuncia o término de contrato de sus gerentes, administradores o apoderados produzcan sus efectos propios, omitiendo una vez más todo parámetro objetivo que ese funcionario esté en la obligación de respetar al dictar el correspondiente acto administrativo;

8º Termina la serie de entera actuación discrecional con la facultad que reconoce al Superintendente para modificar el plazo de convocatoria y el número de avisos a publicar con este mismo objeto, cuando se cite a junta de accionistas para aumentar el capital de la institución, fusionarla o vender sus activos;

9º Impone responsabilidad civil y penal a los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos por el inciso segundo del precepto, sancionándolos con presidio menor en sus grados medio a máximo (4);

10º Faculta la aplicación discrecional de sanciones administrativas, sobre la base de la configuración —también discrecional— de la ocurrencia de los hechos que la ley nombra sin describirlos en lo más mínimo y de la calificación jurídica de ellos efectuada, una vez más, discrecionalmente por el respectivo jefe de Servicio; y

11º Deja al afectado sin poder reclamar de nada, habiéndose omitido regular siquiera la instancia de gracia y prescindiendo de toda norma sustantiva y procesal que permite proteger los derechos constitucionalmente reconocidos.

(4) Con sujeción a la tabla demostrativa contenida en el artículo 56 del Código Penal, la pena de presidio menor en el tiempo de su grado medio comprende de 541 días a 3 años y en el tiempo de su grado máximo oscila desde 3 años y un día a 5 años.

III. DOCTRINA INSTITUCIONAL

El examen del problema que me ha sido planteado debe iniciarse con el reconocimiento de una premisa esencial, cual es que la Carta Fundamental de 1980 es nueva y no una reforma de la precedente. Si muchas y convincentes razones se han esgrimido en sustento de esa indiscutible premisa, basta aquí señalar que la nueva Constitución fue concebida, redactada, aprobada y ratificada plebiscitariamente con sujeción a una doctrina institucional con nitidez definida en favor del reconocimiento, protección y estímulo de la libertad en su pleno sentido y, específicamente, en la proyección económica de ella. Tal doctrina, en su concreta aplicación al problema aludido, se resume en la locución "Orden Público Económico" y que tipifica a nuestra Constitución por el plexo de valores explícitos en ella. De esta cualidad fluye tanto uno de los rasgos característicos de la nueva Ley Fundamental como su más profunda diferencia con la que nos rigió desde 1925.

Síguese de la premisa expuesta que poco o nada se avanzará en la realización de los valores inherentes a la libertad económica si, paralelamente el Legislador y la Administración perseveran en obsoletos criterios —que son inconstitucionales— de índole estatista, de intervencionismo, discrecionalidad y discriminaciones arbitrarias. Esos criterios no los ampara la Constitución ni siquiera alegando la soberanía del Legislador y el ejercicio por la Administración de márgenes de libertad para satisfacer el interés nacional o las necesidades públicas, porque la supremacía constitucional restringe tal soberanía y reduce aquella libertad al marco sublegal legítimamente establecido.

Gobernantes y gobernados, sin excepción, tienen que comprender de una vez que las demasías mencionadas fueron causas precisas de la crisis de 1973 (5) y del cambio constitucional que culminó en septiembre de 1980. Ese cambio se hizo con cabal conciencia en favor de la libertad económica de la persona, los grupos y las asociaciones, a la vez que como freno a los resquicios legalistas y rectificación a los excesos de la penetración pública en ámbitos que siempre debieron ser respetados, a la libertad de los particulares para desarrollar, con igualdad de oportunidades, cualquiera actividad económica lícita (6).

Imprescindible se torna, en consecuencia, apartar toda consideración o circunstancia extrajurídica, por relevante que sea en otro ámbito, para centrar el análisis en los valores que, plasmados en principios y normas, tipifican el Orden Público Económico en la Constitución de 1980. Es con sujeción a ellos que debe dictaminarse si el texto legal compulsado respeta o vulnera la supremacía de la Constitución con las consecuencias jurídicas inherentes a una y otra hipótesis.

En armonía con lo expuesto, mi método en este informe consistirá en bosquejar el concepto e implicancias del Orden Público Económico, para luego describir y explicar los principios y preceptos constitucionales pertinentes, quedando así y a propósito de cada uno de ellos en situación de analizar la norma legal consultada y confrontarla con la Ley Fundamental, pudiendo por último exponer fundadas conclusiones en respuesta al problema planteado.

(5) Ver el Bando N° 5 de la Honorable Junta de Gobierno, difundido el 11 de septiembre de 1973, especialmente los números 1º, 4º, 5º, 7º y 11º.

(6) Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República: "Informe con Propositiones e Ideas Precisas" (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* Nros. 1-6 (1981), pp. 147, 150, 153, 159-163.

IV. BASES DEL ORDEN PUBLICO ECONOMICO

El valor constitucional del artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, es un asunto propio del Orden Público Económico.

Pues bien, defino ese Orden como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución, a fin de establecer y desarrollar un ambiente durable que permita el progreso de la comunidad toda, su bienestar con libertad y seguridad mediante la justicia conmutativa, social y protectiva.

El Orden Público Económico fluye, como queda dicho, de los valores que sobre el hombre, la sociedad y el Estado han sido concretados en los respectivos principios y normas de la Constitución de 1980. Dicho Orden está regido, en consecuencia y más precisamente, por los valores de libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades con ejercicio de ambas igualmente protegido, no discriminación arbitraria en el trato, supremacía de la esencia de los derechos y su libre ejercicio y, en definitiva, el bien común aquí vinculado a la función social de la propiedad y las actividades económicas que el ejercicio de tal derecho conlleva.

V. HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

La Constitución es el programa máximo que, para la realización de los valores que animan al Poder Constituyente, éste ha trazado vinculando a gobernantes y gobernados. En esos valores se condensa, por ende, la legitimidad o razón justificativa ético-social del ordenamiento fundamental, el cual es tanto el punto de partida como el fin para la comprensión de los principios y normas constitucionales y su desarrollo por el Legislador, la Administración y todo órgano que ejerza jurisdicción.

Los principios son disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión. Respetar íntegramente los principios constitucionales es, en consecuencia, la clave para conservar la Constitución. Violar explícita o disimuladamente dichos principios, aunque sea pretextando circunstancias extraordinarias, es destruir la Constitución. Por eso, si el Legislador transgrede un principio ofende no sólo a las normas constitucionales que lo concretan, sino que además y sobre todo, incurre en la más grave inconstitucionalidad, cual es la insurgencia contra todo el sistema jurídico, la subversión de sus valores fundamentales (7).

Sabido es, por otra parte, que los principios son la base de las normas y que éstas, junto a las costumbres, modelan a las instituciones. Hasta tal punto es efectiva dicha aseveración que, si los principios no son reconocidos, el ordenamiento completo queda falseado en su sentido y ninguna de las disposiciones de él podría dejar de ser afectada.

(7) Celso Antonio Bandeira de Mello: "Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial" en *I Anuario de Derecho Público 1975-1976*. (Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, 1976), pp. 445-446.

Por ello, los principios son fuente directa de derecho positivo en todas las jerarquías del sistema jurídico y para defenderlos proceden —con mayor razón todavía— las mismas acciones y recursos que la Constitución contempla a los efectos de proteger cualquiera de sus normas.

Los principios son, según lo he destacado, expresión de los valores ya referidos, los cuales quedan en la Constitución más explicitados en las normas pertinentes. Y la cualidad que los principios tienen de informar axiológicamente todo el ordenamiento constitucional y la hermenéutica del mismo debe generar tanto su unidad, excluyendo los resquicios, como la homogeneidad entre dicho ordenamiento y el resto del régimen jurídico. Pero, además, subrayo que la relevancia de los principios reside en que sirven de clave interpretativa de las normas constitucionales, fijando así el fundamento y límites de las leyes, de la aplicación administrativa de éstas con subordinación a aquéllos y de la heterotutela judicial sobre los actos reglados y discrecionales de la Administración.

Ahora bien, todo sistema jurídico está estructurado por la armónica conjugación de principios y normas de jerarquía diferente, dominando los cuales, sin excepción, se encuentran los principios y normas de la Constitución. Una aplicación importante de esta esencial característica yace en que la interpretación y aplicación de cualquier precepto jurídico debe siempre ser efectuada en defensa de la Constitución y nunca de las disposiciones subordinadas a ella (8). Cuando la señalada primacía se invierte, el programa máximo de la Constitución más perfecta fracasará, siendo tan negativa consecuencia imputable a una hermenéutica constitucional defectuosa o errónea (9).

Especialmente alerta ha de estar el intérprete que defiende la Constitución cuando el Legislador altera la naturaleza de las cosas para, de esa manera, salvar superficialmente lo que es, en realidad, sutil insurrección contra los principios y normas fundamentales. La naturaleza de las cosas impide tal fraude, porque con su estructura objetiva propia, ínsita en ellas mismas, constituye una realidad necesaria y auténtica que se impone como un dato previo al derecho positivo y a cualquiera decisión jurídica que se apoye o reconduzca a él. De manera que la naturaleza de las cosas limita al Legislador y a la Administración, porque éstos no tienen el poder mágico de transformar la esencia objetiva de aquélla, intrínseca estructura que no es sólo lo que efectivamente es sino que, además, tiene un carácter normativo inherente, independiente de toda aceptación o rechazo de cualquier poder normativo. Es un axioma que el Derecho tiene que realizar la Justicia, dando y restituyendo a cada cual lo que es suyo, es decir, lo que le corresponde por la naturaleza de las cosas (10). Así, y por ejemplo, el intérprete que defiende la Constitución debe rechazar por ser contrario a ésta un precepto legal que llama "limitación" a lo que por naturaleza de las cosas es privación del dominio, o que denomina "prohibición" a lo que es realmente una sanción, o en fin, que delega en la Administración facultades discrecionales para que llene los presupuestos del tipo penal, pretendiendo así sustraerlo del principio constitucional de reserva penal y del proceso justo que ha de preceder a la imposición de toda sanción.

(8) Segundo V. Linares Quintana: *III Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Plus Ultra, 1978), pp. 649 y 664. Constitución de 1980, artículos 6º, 7º y 19 Nº 26.

(9) Linares, nota 8, pp. 593, 621 y 646.

(10) Helmut Coing: *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1961), pp. 131-142 y 228; Georges Kalinowski: *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982), pp. 93-94 y 100; Luis Recasens Siches: *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "razonable"* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1971), pp. 193-197, 262-263 y 277.

A la luz de lo expuesto, preciso es formular diversas y sucesivas interrogantes para, con las pertinentes respuestas, resolver el problema que me ha sido planteado: ¿cuáles son los principios económicos de la Nueva Constitución y cómo quedan plasmados en las normas de ella?, ¿respeto sustantivamente el precepto legal consultado a los principios y normas económicas de la Constitución?, ¿qué solución jurídica contempla la Ley Fundamental para los preceptos legales y actos administrativos que la vulneren? Con sujeción al método en su oportunidad expuesto, contestaré a las preguntas aquí planteadas.

Sin embargo, antes de iniciar el examen de tales asuntos, importante es dejar clara constancia, fundado en la historia fidedigna, que los principios y normas de la Constitución que aseguran los derechos, libertades y garantías que explicaré, lo hacen en favor de todas las personas y no sólo de los habitantes de la República, como ocurría en la Carta precedente. Destaco la modificación porque ella reafirma, con una palabra del más vasto sentido y alcance, que ninguna exclusión ni limitación cabe a su respecto, establecida en sede legislativa o de la Administración. El reconocimiento constitucional comprende, por ende, a las personas naturales, morales y jurídicas, de derecho público o privado, nacionales y extranjeras, tanto si están domiciliadas, residen o se hallen vecindadas en nuestro país (11).

VI. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD

El primero de los principios aludidos es la libertad natural de la persona humana, quien en la especie la ejerce formando los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad (12), asociándose y constituyendo personas jurídicas privadas (13), ejerciendo libremente toda actividad o trabajo lícitos (14), desarrollando cualquiera actividad económica que no sea de las taxativamente excluidas (15), adquiriendo los bienes que desee con los límites constitucionalmente previstos (16), ejerciendo, por último, el derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes (17).

1. Autonomía de los grupos intermedios y Derecho de Asociación

A. Análisis Constitucional

a) La historia fidedigna prueba que en la expresión "grupos intermedios" cabe toda forma de asociación privada situada entre el hombre y el Estado, que una a los hombres

(11) *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* (Santiago, Gendar Chile, 1977), sesión 148, p. 59 y sesión 156, pp. 7-9 y 17.

(12) Constitución 1980, artículo 1º.

(13) Id., artículo 19, Nº 15.

(14) Id., artículo 19, Nº 16.

(15) Id., artículo 19, Nº 21, inciso 1º.

(16) Id., artículo 19 Nº 23.

(17) Id., artículo 19 Nº 24, inciso 1º.

en razón de su común actividad económica destinada a la consecución de fines lícitos (18).

Al respecto, la Ley Fundamental declara tres derechos en favor de las sociedades intermedias. Primero, que el Estado reconoce a dichas asociaciones, de manera que la Constitución es nítida en cuanto a que ellas existen, como regla general, por la sola y libre voluntad creadora de sus miembros, no precisando para ello de ninguna autorización oficial. Excepcionalmente, sin embargo, tales grupos requieren de personalidad jurídica como de la aludida autorización para existir y operar cuando la Constitución lo ha declarado así, por razones de bien común, facultando al Legislador para que regule la aplicación del respectivo precepto fundamental. El Estado, en segundo lugar, ampara a tales sociedades, lo que significa que debe protegerlas de actos o intentos, públicos o privados, destinados a desconocer su existencia o entorpecer la libre consumación de sus legítimos fines económicos específicos. El Estado, en fin, les garantiza o asegura la adecuada autonomía para cumplir tales fines, autonomía que es libertad para organizarse, regirse o realizar por sí los objetivos que sus miembros fijan al grupo, con independencia de toda autoridad o asociación extraña. Con todo, nuevamente resulta necesario aclarar que tal autonomía es relativa, por cuanto ella sólo cubre lo que sea adecuado para que el grupo o sociedad cumpla sus propios fines específicos. Por consiguiente, el Legislador puede regular el precepto constitucional y, sin alterarlo en su esencia, establecer los límites concretos más allá de los cuales el grupo o asociación no está ejerciendo adecuadamente su autonomía (19).

El reconocimiento, amparo y garantía que el Constituyente proclama en favor de los grupos intermedios, particularmente en cuanto al respeto de su adecuada autonomía, representa la base "de una sociedad auténticamente libre, ya que un Estado que interviene más allá de aquellas funciones que le son propias o que por razones de interés general o de seguridad deben serle confiadas, puede asfixiar la libertad del hombre y su iniciativa creadora" (20).

Pero ya observé que la Carta ha previsto la posibilidad de aplicar restricciones y esto sólo al primero y al tercero de los aludidos derechos. En un caso, el límite está en que, para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deben constituirse en conformidad a la ley (21). En el otro evento, los límites tienen lugar cuando los grupos intermedios y sus dirigentes abusan de la facultad de autoconducción reconocida, excediendo el ámbito de sus objetivos legítimos específicos y propios. En efecto, sólo si los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes hacen mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, son sancionados en conformidad a la ley (22). La referida sanción es improcedente, como se colige del texto, cuando el respectivo grupo o sociedad no realiza las actividades que son suyas, de manera que el exceso y no la omisión es lo que en la especie configura el abuso del derecho. Es contrario a la autonomía que les reconoce la Constitución, en consecuencia, forzar la actuación de una asociación económica o de sus dirigentes.

Aplicado lo anterior a una empresa bancaria privada o a una entidad financiera de igual índole, se colige que aquélla y ésta son sociedades intermedias que gozan de los

(18) Informe, nota 6, pp. 150 y 157.

(19) Actas, nota 11, sesión 206, p. 13; Informe, nota 6, p. 166-167.

(20) Informe, nota 6, p. 150.

(21) Constitución 1980, artículo 19, Nº 15, inciso 2º.

(22) Constitución de 1980, artículo 23.

derechos constitucionales referidos. Dichas organizaciones son manifestación de la libre y primaria capacidad de unión y labor económica reconocida, amparada y asegurada con adecuada autonomía por la Constitución.

Por consiguiente, si un precepto legal o un acto administrativo desconoce, ataca o cercena, aunque sea parcial e indirectamente, uno o más de los tres derechos explicados, vulnera la respectiva base de la institucionalidad y es contrario a la Constitución. Para que ello no ocurra, insisto que sólo el Legislador tiene competencia en la materia y que ésta se halla circunscrita al otorgamiento de personalidad jurídica y a las sanciones aplicables a los grupos económicos y a sus dirigentes cuando, haciendo mal uso de la autonomía que les asegura la Constitución, intervienen indebidamente en actividades políticas u otras ajenas a sus propios fines específicos. Y nadie más que el Legislador es competente para eso. En la historia fidedigna consta que la Administración puede fiscalizar el cumplimiento de los preceptos legales, pero que carece de facultades sancionatorias, debiendo en este evento elevar los antecedentes a la judicatura ordinaria, para que, en un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo en el procedimiento, decida soberanamente si ha o no existido infracción o abuso del derecho y, en el evento afirmativo, aplique las sanciones que la ley haya con antelación y expresamente tipificado (23). Siendo así, el precepto legal que contravenga a la Constitución en uno o más de los puntos señalados puede y debe ser declarado inaplicable y el acto administrado anulado por inconstitucional, ello sin perjuicio de los demás remedios que contemplan la propia Ley Fundamental y el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

b) La libre creación y autonomía de los grupos intermedios es un supuesto del derecho de asociación, pues sin aquéllas éste no existiría. Por eso es que la Constitución, corroborando la libertad para unirse en grupos, asegura a todas las personas el derecho de asociarse sin permiso previo y añade que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación (24).

Acto seguido —y a diferencia de lo que ocurría con la Carta de 1925— hoy se distingue el derecho de asociación, por una parte, de la personalidad jurídica, de otra. Para gozar de esta última, las asociaciones deben constituirse en conformidad a la ley (25).

La capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, especialmente patrimoniales, y de ser representada, son cualidades de la persona jurídica que puede obtener un simple grupo intermedio o asociación de hecho. Es suyo el derecho, que consta así esclarecido en los anales fidedignos, a transformarse de ente moral en otro jurídico y conservar esta cualidad mientras no infrinja la legislación (26). Y la ley es la única clase de norma en la que puede fijarse, de manera general e igual, tanto el procedimiento como los requisitos materiales que han de cumplirse al efecto. Tal competencia no puede ser delegada en la Administración, pues ésta es una organización sublegal, encargada de aplicar la ley dentro del margen que la Constitución le ha permitido (27). De manera que

(23) Actas, nota 11, sesión 187, pp. 18-19; sesión 188, pp. 2 y 5; sesión 206, pp. 12-13; sesión 373, pp. 2610-2611; sesión 394, pp. 3035-3036. Constitución de 1980, artículo 19, N^o 3, incisos 1^o, 4^o y 5^o.

(24) Constitución de 1980, artículo 19, N^o 15, incisos 1^o y 3^o. Actas, nota 11, sesión 127, pp. 18-19.

(25) Constitución de 1980, artículo 19, N^o 15, inciso 2^o.

(26) Actas, nota 11, sesión 127, pp. 15-24 y 26-29, sesión 127, pp. 27-30; sesión 128, pp. 6-11, 16 y 19-22.

(27) Constitución de 1980, artículos 6^o y 7^o, artículo 19, N^o 26, inciso 1^o, artículo 60, N^o 18 y artículo 61, inciso 2^o.

tampoco es enteramente libre el Legislador, pues le está vedado delegar sus potestades así como limitar o restringir en su esencia el derecho a obtener y gozar de personalidad jurídica al margen de la Constitución.

Pues bien, las únicas asociaciones que no pueden formarse ni subsistir son las prohibidas por la propia Ley Fundamental, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. A su respecto procede, además, la pena de confiscación de bienes (28). Toda otra forma de asociación es permitida, siendo un derecho de los interesados decidir la especie de forma jurídica privada que constituirán (29). El Legislador no puede, por ende, coartar ese derecho, estándole sólo autorizado dictar las reglas que permitan su amplio y ordenado ejercicio, sin exceder las prohibiciones taxativamente previstas en la Constitución. La prohibición de ilicitud es, en consecuencia, la única admitida y no caben otras como tampoco limitar o restringir el derecho a constituir y mantener la persona jurídica lícita que los interesados deseen y a regirla con sujeción a los estatutos que ellos con libertad aprueben en conformidad con la Constitución y las disposiciones que se dicten subordinadas a ella.

Las tres aludidas causales de ilicitud son amplias pero taxativas y exclusivas, de forma que es impedido al Legislador —más todavía a la Administración— crear nuevas causales o interpretar las previstas por el Constituyente analógica o extensivamente. De consiguiente, la ley sólo puede precisar o pormenorizar el sentido que una causal constitucional tiene en el momento histórico en que debe ser resuelto un problema de prohibición (30).

Igual predicamento cabe sostener tratándose de la reglamentación legal aplicable a la formación y subsistencia de una persona jurídica si impone condiciones, tributos o requisitos, retroactivamente o no, que impidan el libre ejercicio del derecho a gozar de tal personalidad (31). Prácticamente, el expediente legal que requiere el cumplimiento de esas exigencias implica una prohibición, para quien no se allana, de ejercer el derecho a constituir y mantener una persona jurídica. Esto, además, puede vulnerar la igualdad ante la ley por incurrir en una injusta discriminación.

Escrito está que genéricos pero taxativos son los tres tipos de asociaciones ilícitas que prohíbe la Constitución. De esos tipos, es ajeno a la consulta el relativo a una sociedad inmoral, hipótesis que en todo caso no ocurre respecto de una empresa bancaria o entidad financiera. Podría suscitarse duda, en cambio, tratándose de asociaciones contrarias al orden público y a la seguridad del Estado. Veamos, pues, cuál es el sentido de estas dos causales de prohibición constitucional.

Fueron ellas latamente debatidas en la respectiva Comisión, habiendo sus miembros estimado que orden público es un concepto comprensivo de la seguridad del Estado y de todos los elementos que conforman los órdenes social y jurídico (32). Si se mencionó la seguridad del Estado, en consecuencia, fue para reafirmar que es parte fundamental del orden público (33).

¿Y qué es en la especie el orden público? “Es aquel conjunto —se dijo en la Comisión (34)— de normas y maneras de ser un pueblo, que configuran su naturaleza

(28) Constitución de 1980, artículo 19, N^o 15, inciso 4^o en relación con el N^o 7^o, letra g), del mismo artículo.

(29) Actas, nota 11, sesión 127, pp. 27-29.

(30) Id., sesión 128, pp. 8-9 y 16-22.

(31) Constitución de 1980, artículo 19, N^o 26, inciso 1^o.

(32) Actas, nota 11, sesión 128, pp. 8-13.

(33) Id., p. 12.

(34) Id., pp. 13-14.

esencial y las cuales no pueden ser afectadas, porque de serlo, se estaría afectando la estructura fundamental de un pueblo. Orden Público es la forma como los hombres viven y se cohesionan dentro de un Estado de manera esencial. Por eso, una asociación no puede ser contraria al orden público, porque desde el momento que lo sea, afecta la naturaleza, la esencia, la estabilidad y la manera de ser un pueblo. Desde ese punto de vista, la expresión orden público comprende aquellas normas jurídicas, como las contenidas en la Constitución y en las leyes, que por razones valiosas el Legislador ha estimado que deben formar parte de esa estructura, como manera de ser fundamental del Estado. Este orden público comprende también aquellas formas de ser del pueblo, sin las cuales el pueblo pierde su propia idiosincrasia, pierde su propia noción de unidad y de diferencia con los demás pueblos”.

Ante tan exigente concepto —que absorbe, insisto, al de seguridad del Estado— demostrado queda que la violación de la Carta sería inevitable si se aplicaran a una sociedad económica privada, lícita en sus actividades y fines, nada menos que las causales de orden público o seguridad del Estado para declararla ilícita y así proscribirla. Es patente que tal decisión sería atrabiliaria y, además, absurda por la desproporción que mediaría entre ella y el motivo o fundamento de hecho invocado para dictarla. En la misma inconstitucionalidad incurriría la ley que obligare a los accionistas de una sociedad bancaria o financiera a reformar sus estatutos, en el sentido que la autoridad le dicta y con alcance retroactivo, sometiéndola a una reglamentación que lesiona la libertad en su esencia. Análoga impugnación merecería un precepto legal que compeliere a una sociedad de esa especie a aceptar prohibiciones que —además de ser sanciones por la naturaleza de las cosas— la privan, sin previa expropiación con indemnización, del dominio, del bien sobre que éste recae o de uno o más de los atributos o facultades esenciales de aquél. Por último, en idéntico vicio de inconstitucionalidad —y en real fraude a la Constitución— incurriría la norma legal que, directa o indirectamente, permitiera a la Administración consumir uno o más de los actos descritos, pues si el Legislador no puede realizarlos menos podría la Administración, siendo menester recordar que sólo es posible delegar poderes expresamente conferidos por la Constitución y esto cuando ella lo ha permitido expresamente, hipótesis que no ocurre en el problema examinado.

Se deduce de lo expuesto que tan arbitrarias determinaciones legales o administrativas violentarían, además del derecho de asociarse y gozar de personalidad jurídica conforme a la ley, otras libertades y prerrogativas garantizadas a todas las personas en la Constitución. Imperativo es subrayar a este respecto que se violaría, por ejemplo, el derecho de propiedad que una persona jurídica tiene sobre su patrimonio y de cuyas facultades de administrar y disponer por sí, representada por los mandatarios elegidos y revocados en junta de accionistas, es privada al imponérsele discrecionalmente variadas prohibiciones. De esta manera se alteraría de hecho el contrato social sin la voluntad de los accionistas, materializando una real intervención administrativa. Esta se pretende malamente cubrir con la apariencia de meras imposiciones que no implicarían usurpación de las facultades del dominio, dejando el riesgo y los costos de la maniobra a la sociedad intervenida (35).

(35) En el “Análisis de la Legislación Bancaria y Mercado de Capitales” citado en nota 3, pp. 358-359, se reconoce que el artículo 19 bis constituye una intervención, pero agregando que se trata de “atribuciones fiscalizadoras de la Superintendencia para evitar la utilización de facultades de mayor intervención” y “evitando, además, que el Estado tome a su cargo la administración de una institución financiera asumiendo, por tanto, el riesgo y costo de esa gestión”.

Subyacente al tipo de disposiciones descritas se encuentra alguna presunción de inadecuada autonomía o ilicitud de la correspondiente sociedad bancaria o financiera. Pues bien, tal presunción es contraria a la Constitución y, en todo caso, el conllevar la aplicación de sanciones fundadas en la infracción del Orden Público Económico, debe ella ser constatada en un proceso previo, legalmente tramitado por un órgano que ejerza jurisdicción con independencia e imparcialidad, respetando las garantías protectoras del afectado en un racional y justo procedimiento (36).

B. Examen Legal

Los bancos son instituciones que se dedican al negocio de recibir dinero en depósito y darlo a su vez en préstamo, sea en forma de mutuo, de descuento de documentos o en cualquiera otra forma (37). A su vez, las sociedades financieras son entidades cuyo único y específico objeto social es actuar como agentes intermedarios de fondos y realizar las operaciones que les autoriza el Título XIV de la Ley General de Bancos (38).

Las empresas bancarias y las sociedades financieras deben constituirse como sociedades anónimas en conformidad a la ley (39). Los bancos se rigen por la Ley General respectiva y, en subsidio, por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas abiertas en cuanto puedan conciliarse o no se opongan a sus preceptos (40). Las sociedades financieras, por su parte, se rigen por las disposiciones de la Ley General de Bancos, por las del Código de Comercio y los preceptos del Reglamento de Sociedades Anónimas que sean aplicables a los bancos, debiendo entenderse que todas las referencias a bancos, empresas bancarias o bancos comerciales que se hacen en la Ley General aludida se extienden a las sociedades financieras, siempre que sean aplicables a éstas (41).

Ahora bien, la dirección y administración de las empresas bancarias y financieras se ejerce en conformidad a las disposiciones legales que rigen la materia, a los estatutos de cada una y con sujeción a las normas impartidas por la Superintendencia (42). Señala la ley que la administración de tales empresas corresponde al directorio (43), que toda elección de directores incumbe a las juntas de accionistas y, en ciertos casos, al directorio designado por éstas (44), como asimismo, que tales cargos son por definición esencialmente revocables por una junta ordinaria o extraordinaria de accionistas (45). Sobre los directores recae el deber de emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán

(36) Constitución de 1980, artículo 19, N° 2 y N° 3, incisos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º.

(37) DFL. N° 252, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 4 de abril de 1960, Ley General de Bancos, artículo 62; Decreto Ley N° 818, publicado en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1974, artículo 5º.

(38) DFL. N° 252 citado, artículo 110 introducido por el Decreto Ley N° 3.345, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1980.

(39) DFL. N° 252 citado, artículo 27, inciso 1º modificado como aparece en el texto por el Decreto Ley N° 3.460, publicado en el Diario Oficial el 5 de septiembre de 1980, y por la Ley 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

(40) DFL. N° 252 citado, artículo 63 inciso 1º agregado por la Ley N° 18.046 citada.

(41) DFL. N° 252, citado, artículo 111 agregado por el Decreto Ley N° 3.345 también ya citado.

(42) DFL. N° 252 citado, artículo 40.

(43) Id., y artículos 111 y 113.

(44) Id., artículos 41, 42, 46, 111 y 113.

(45) Id., artículos 27, inciso 1º, 64 N° 3, 65 N° 5 y 7, 67 inciso 1º, 111 y 113 en relación con Ley 18.046 citada, artículos 1º, 38, 56, N° 3, 57 N° 2 y 67 inciso 1º e inciso 2º, N° 7.

solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.

La ley ordena, de otra parte, que la reforma de los estatutos sea sometida a la decisión de una junta extraordinaria (46), decisión que deberá ser adoptada por la mayoría que la misma ley para cada situación señala (47). Permitido queda a los bancos y entidades financieras aumentar su capital en cualquier tiempo, mediante reforma de los estatutos, debiendo las acciones que se emitan quedar totalmente inscritas y pagadas en el plazo que se fije en la resolución de la Superintendencia que apruebe la enmienda (48).

En el marco constitucional y legal expuesto cabe ahora examinar el sentido y alcance del artículo 19 bis consultado.

Dicho artículo faculta, en primer lugar, al Superintendente respectivo la imposición, total o parcial y por el plazo que estime necesario, de una o más de las prohibiciones que señala cuando, a su juicio, la situación de una institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente. El mismo precepto presume de derecho, en segundo lugar, que la administración es deficiente cuando la institución ha concentrado créditos. Sin perjuicio de la responsabilidad civil, la norma establece, en tercer lugar, la homónima penal respecto a los directores, gerentes, administradores, o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos por él. La disposición declara, en cuarto lugar, que durante el lapso indefinidamente mantenido por el Superintendente no producirá efecto alguno la revocación o renuncia de los directores de la institución, como tampoco la renuncia o término del contrato de sus gerentes, administradores o apoderados, si tales actos no han sido autorizados por el Superintendente. Concluye el artículo glosado declarando que, si durante ese mismo período indefinido, se convoca a junta de accionistas para aumentar el capital de una institución afectada por alguna de las prohibiciones que enumera, fusionarla o vender sus activos, el Superintendente podrá modificar —como estime conveniente— el plazo de la convocatoria y el número de avisos a publicar con este mismo objeto.

En concepto del dictaminante, las referidas cinco ideas matrices son excepciones a la legislación común vigente en la materia y que expuse en su oportunidad. El problema consiste aquí en determinar si los imperativos que tales ideas encierran vulneran o no la autonomía de los grupos intermedios y la libertad de asociación.

Al respecto, no cabe duda que mientras no se pruebe por la Administración en un proceso justo la exactitud de los hechos ilícitos alegados y la correcta calificación jurídica que ha efectuado de ellos, deben esos cinco imperativos legales ser considerados como meras invasiones, prohibidas por la Constitución, de la adecuada autonomía que ella garantiza a los bancos e instituciones financieras en su carácter de grupos intermedios. Y el valor constitucional de esos imperativos tiene que ser decidido con sujeción al principio de subsidiariedad que inspira a la nombrada autonomía y a la consecuente libertad de asociación, prescindiendo de otros preceptos fundamentales porque son ajenos a tan preciso conflicto.

(46) Id.

(47) Id.

(48) DFL. N° 252 citado, artículo 69 en relación con Ley N° 17.308, publicada en el Diario Oficial el 1° de julio de 1970.

Desde tal punto de vista, las cinco ideas matrices son invasiones reñidas con dicha autonomía y libertad, porque implican intervención administrativa que coarta la capacidad de autoconducción reconocida por la Ley Fundamental, sin que exista declaración legal ni administrativa previa que califique y demuestre, respectivamente, su inadecuado ejercicio por el banco o entidad financiera afectados o que se trata de alguna asociación ilícita prohibida por la Constitución. Son invasiones contrarias a tal autonomía y libertad, asimismo, porque entrañan reformas estatutarias impuestas, con cierto alcance retroactivo, sin consultar la voluntad ni menos requerir el consentimiento de los accionistas ni de la persona jurídica afectada y que su directorio representa. En seguida, son invasiones que violan tal autonomía y libertad en razón de que, mediante la intervención encubierta como prohibición, privan a los accionistas y a la asociación bancaria o financiera de las facultades esenciales de administración y disposición que integran el dominio que tienen sobre sus acciones y patrimonios, respectivamente. Son también invasiones reñidas con la Constitución desde que, sin declaración legal previa sobre violación de la adecuada autonomía por la asociación bancaria o financiera, como tampoco acerca de la configuración de alguna conducta ilícita por ellas, despojan a los accionistas —y al directorio, en su caso— de la facultad de revocar los mandatos de los directores, o pronunciarse sobre la renuncia de ellos o sobre el término de contrato o renuncia de sus gerentes, administradores o apoderados. Son, en fin, invasiones de la autonomía nombrada cuando sustituyen la voluntad del banco o entidad financiera afectados por la discreción del funcionario administrativo que decide modificar, sin parámetro legal alguno, el plazo de convocatoria a junta de accionistas para aumentar el capital de la institución y el número de avisos a publicar con idéntico propósito.

C. Conclusiones

Por los antecedentes expuestos y mientras no se pruebe por la Administración en un proceso justo la exactitud de los hechos ilícitos alegados y la correcta calificación jurídica que ha efectuado de ellos, debe entenderse que las cinco ideas matrices que contiene el artículo 19 bis vulneran la adecuada autonomía de las agrupaciones intermedias y el derecho de asociación lícito que la Constitución asegura, en plena igualdad en y ante la ley, a los bancos e instituciones financieras, siendo en consecuencia procedente la correspondiente declaración de inaplicabilidad, de oficio a petición de parte, por la Corte Suprema, sin merma de otros recursos como el de protección, a menos que el precepto tachado sea con antelación adecuado a la Ley Fundamental.

2. Libertad de Trabajo

A. Análisis Constitucional

a) El principio constitucional de la libertad se aplica también en el orden de toda actividad laboral remunerada.

La Constitución, en efecto, asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, postulado básico que conlleva el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución (49).

Esta libertad supone la igualdad en y ante la ley, motivo por el cual el Poder Constituyente ha declarado que en Chile no hay esclavos y prohibido cualquier

(49) Constitución de 1980, artículo 19, N° 16, incisos 1° y 2°.

discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites máximos y mínimos de edad para determinados casos (50). La libertad de trabajo asume, con análoga certeza, que nadie puede ser obligado, en caso alguno, a pertenecer a una asociación (51).

En los anales fidedignos consta que el precepto transcrito es expresión de la dignidad del ser humano y que merece la protección del Estado, como asimismo, que la mayor amplitud posible es el real espíritu de la disposición, en cuanto a proteger no sólo el trabajo del asalariado, en calidad de obrero o empleado de cualquier índole sino de toda persona, de manera de abarcar a los trabajadores independientes (52).

Pertinente es también subrayar que si todos los derechos y garantías reconocidos por la Constitución son irrenunciables por su cualidad de inherentes a la dignidad del ser humano, el rasgo de orden público que caracteriza a los principios y normas que los aseguran y reglamentan posee, en el caso de la libertad de trabajo y su protección, una corroboración explícita en la historia oficial del precepto (53).

El texto constitucional es perfectamente claro en orden a proclamar que la voluntad del Poder Constituyente es asegurar la libertad de trabajo y prohibir toda forma de imposición que la coarte. El sentido del artículo 19 N^o 16 es invariable en cuanto a sustentar la libertad laboral como un supuesto permanente, no admitiendo en caso alguno que a una persona se la obligue a trabajar en actividades dependientes o independientes. Que esa obligación está prescrita se desprende de la esencia misma de la norma que garantiza la libertad de trabajo y su protección. Pero, una vez más, útil resulta aquí revisar la intención que el precepto tiene según sus autores, lo que evidencia la coherente tradición chilena en la materia. En efecto, “no hay necesidad de decir que se “garantiza la libertad de trabajo”. Basta con decir que ningún trabajo lícito puede ser prohibido. El trabajo es una actividad natural de las personas, actividad libre que el Estado no tiene por qué garantizar. Se puede sí proteger el trabajo” (54). Y el mismo criterio se impuso 51 años después, al aseverarse que “las libertades se bastan a sí mismas y si el Constituyente protegiera a cada una de ellas, no tendría sentido su consagración en el texto” (55). Aceptado lo anterior y con el fin de evitar cualquier fraude o resquicio, se consideró necesario, sin embargo, proteger específicamente la libertad de trabajo para el caso “de que el día de mañana se obligara a una persona a ejecutar un trabajo determinado o se le impidiera ejercer su libertad de trabajo”, es decir, “con el objeto de que a nadie se le imponga, por ejemplo, un trabajo esclavizado” (56).

b) Viene al punto, por último, observar que la jurisprudencia se ha pronunciado y correctamente sobre el tópico analizado. Así y por ejemplo, se ha fallado que la libertad de trabajo “constituye la facultad de optar entre varias alternativas, como son las de trabajar o no, la de elegir la clase de ocupación y la de escoger las oportunidades lícitas

(50) Id., inciso 3^o.

(51) Id., artículo 19, N^o 15, inciso 3^o en relación con el N^o 16, inciso 4^o del mismo artículo.

(52) Actas, nota 11, sesión 199, p. 7 y sesión 200, pp. 3-4. Luz Bulnes Aldunate: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, N^{os} 29-30 (enero-diciembre 1981), pp. 124-125.

(53) Id., sesión 200, pp. 22-25.

(54) Ministerio del Interior: *Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*. (Santiago, Editorial Universitaria, 1925), p. 338.

(55) Actas, nota 11, sesión 199, p. 10. Código Civil, artículos 10, 1462, 1466 y 1469.

(56) Id., sesión 215, p. 16.

que se ofrezcan (a una persona), según la propia aptitud, vocación y albedrío, su sujeción a poder externo”, libertad que es un derecho “en la medida que a la persona se le reconoce la facultad de decisión a que se ha hecho referencia; por eso es que no podrá ser obligada a trabajar —lo que puede llegar a constituir trabajo servil o esclavo— ni imponérsele una ocupación determinada” (57).

B. Examen Legal

El artículo 19 bis inciso 4^o del Decreto Ley N^o 1.097 dispone que, durante el lapso que el Superintendente estime necesario, la revocación o renuncia de los directores de una institución fiscalizada sometida a dicha norma, así como la renuncia o término del contrato de sus gerentes, administradores o apoderados, no producirán efecto alguno si tales actos no han sido autorizados por dicho funcionario.

La disposición posee, según lo expuse en su lugar destacado, carácter discrecional y que aquí se torna patente por tres conceptos. Efectivamente, ella entrega al juicio exclusivo del Superintendente ilimitada libertad para aplicarla durante un plazo que puede, por ende, ser indefinido; además, la norma no le fija al Superintendente criterios objetivos mínimos que esté en la obligación de respetar al decidir cuándo puede o debe acoger o rechazar las solicitudes de autorización que los afectados le presenten; y tercero, la disposición tolera, implícita pero claramente, que el jerarca administrativo proceda de oficio —y sin ninguna orientación imperativa de la ley— a alzar la prohibición, mediante el permiso correspondiente.

La discrecionalidad es peligrosa por los abusos que cobija y, aunque nunca puede ser ejercida a entero arbitrio, porque es subconstitucional y sublegal, lo cierto es que en el problema preciso que me preocupa el Legislador olvidó tal peligro y la propia experiencia histórica. Pues aparece ostensible que él no pretendió limitar en nada el poder discrecional de la burocracia pública, incurriendo de paso en la abdicación que de sus facultades privativas e indelegables hizo en el Superintendente.

Basta lo expuesto para reprochar por inconstitucional el precepto examinado. Pero hay en él otros vicios concretos y, si cabe, aún más graves. Me refiero a la obligación de pertenecer a una asociación y de trabajar que la ley permite al Superintendente hacer caer sobre los directores, gerentes, administradores o apoderados de una institución afectada por alguna declaración de inestabilidad financiera o administración deficiente.

En ese caso —que es el previsto en la norma— no hay libertad sino que imposición de afiliación y trabajo, indignidades que recuerdan a la servidumbre y la esclavitud (58), rebajas para los que las sufren al nivel de grupo injustamente discriminado por la ley, desconociéndoles con el subterfugio de la discrecionalidad los medios para la igual protección de sus derechos.

Y que es un deber pertenecer a una asociación y trabajar indefinidamente en ella a satisfacción del Superintendente tórnase forzoso admitirlo desde que, ante la prohibición que la ley establece y la Administración a su juicio aplica, los afectados no pueden

(57) Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1-77, sentencia del 16 de septiembre de 1977, recurso de protección de Orestes Pitaluga Coleur, considerandos 4^o y 5^o.

(58) Téngase presente que el primer y más importante de los principios de la Constitución es el que proclama —en el artículo 1^o, inciso 1^o de ella— que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

renunciar ni la junta de accionistas revocar los mandatos y el directorio terminar un contrato, porque están intervenidos y despojados tanto de sus facultades administrativas como de las demás inherentes por esencia al dominio. Es decir, sólo el Superintendente resuelve si compele a los afectados a pertenecer a la sociedad y trabajar en ella o los deja en libertad. Con eso, el precepto legal que franquea la demasía hace desaparecer la prohibición de obligar a pertenecer a una asociación, su protección, el derecho a la libre contratación y a la libre elección que a todas las personas reconoce la Constitución.

Y al concluir, adviértase que es improcedente la argumentación que en contra de lo demostrado sostenga que el asunto en análisis versa sobre una medida preventiva, dictada para proteger un presunto interés nacional. Tal improcedencia se funda tanto en que la Constitución jamás admite imponer la obligación de pertenecer a una asociación ni de trabajar como en razón de que esa medida sería una sanción impuesta sin oportunidad de defensa en el proceso justo que ella exige. En otras palabras, los fines legítimos han de ser cumplidos mediante medios de índole idéntica.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis inciso 4º del Decreto Ley N° 1.097 vulnera sustantivamente la prohibición constitucional según la cual nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Ese precepto legal vulnera, igualmente, la esencia que el Poder Constituyente garantiza en cuanto a la libertad de trabajo, su protección, el derecho a la libre contratación y a la libre elección de cualquier labor. En todos esos casos, la disposición citada exige realizar, por tiempo indefinido, el trabajo de director, gerente, administrador o apoderado de una institución fiscalizada sometida a la declaración discrecional que el Superintendente haga de inestabilidad financiera o administración deficiente. Tal obligación es inconciliable con la dignidad de la persona y del trabajo mismo. No puede ella ser invocada, en fin, como medida preventiva destinada a custodiar algún interés nacional. Por consiguiente, en defensa de la Constitución, el precepto legal examinado debe ser declarado inaplicable, lo cual no obsta a que se recurra también de protección. La alternativa es que aquel precepto sea sin más derogado por respeto a la Constitución.

3. Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica

A. Análisis Constitucional

La tercera aplicación del principio de la libertad es el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (59).

La historia fidedigna ilumina el sentido y trascendencia que el Poder Constituyente otorgó a este derecho. De esa historia fluye que la facultad de llevar a cabo cualquier actividad económica es concreta expresión de la libertad personal y de trabajo (60). Su amplitud es considerable, pues abarca la libre iniciativa y prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea de índole productiva, comercial, de intercambio o de servicios, por ejemplo, y ello tanto dentro del país como en el plano internacional (61).

(59) Constitución de 1980, artículo 19, N° 21, inciso 1º.

(60) Actas, nota 11, sesión 384, pp. 2816-2821.

(61) Id., p. 2816.

Además, el derecho aludido es base de una sociedad libre y está sustancialmente relacionado con el derecho de propiedad (62). En fin, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica reafirma el contenido del principio de subsidiariedad, pues implica que el Estado respete la autonomía de los grupos intermedios y no incurra en lo que los particulares, individualmente o asociados, pueden realizar eficaz y convenientemente (63).

El derecho en estudio no tiene otros límites que los tres señalados en la Constitución, siendo imperativo entender que la moral, el orden público y la seguridad nacional son aquí sinónimos del interés nacional todo (64). La ley sólo puede regular la iniciativa y el desarrollo de la actividad económica lícita que decidan libremente los particulares, sin afectar tales facultades en su esencia. La ley no puede, por consiguiente, limitar, restringir ni prohibir dicha iniciativa y desarrollo sobre la base de otros motivos que los señalados. El Legislador carece de facultades para imponer licencias, permisos o cauciones cuando se trate de emprender o llevar a cabo actividades económicas lícitas, sea de manera individual o en sociedades. Por la disposición en análisis, tampoco puede el Legislador prohibir ciertos actos o fijar formas determinadas de obrar como agente económico, vedando unos u otras (65).

Lo que no puede hacer la ley menos es permitido a la Administración. Sobre el punto, es de suma importancia recordar que cuando la ley autoriza la fiscalización del ejercicio del derecho en estudio, el jerarca administrativo tiene competencia únicamente para velar, vigilar o controlar, pero no para aplicar sanciones. Estas han de ser propuestas a los tribunales, reconociéndoles plena jurisdicción para decidir al respecto (66).

El derecho ha sido reconocido a los particulares y por eso ellos no precisan de autorización legal para ninguno de los dos efectos indicados. Excluir al Estado y no concurrir con él, eso es lo que como regla general se asegura aquí al sector privado (67).

En suma, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita contrae la facultad del Legislador a regular el ejercicio ordenado de la libre iniciativa privada, sin afectarla en su esencia ni limitarla, obstaculizarla o prohibirla al margen de los motivos expresa y taxativamente consagrados en la Carta. Con apoyo en la disposición fundamental analizada tampoco puede la ley, lo repito, imponer condiciones, tributos o requisitos —como avales, depósitos previos, prohibiciones o permisos— que impidan el libre ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido (68).

B Examen Legal

Sabemos que el Decreto Ley N° 1.097, de 1975, fue dictado porque el interés nacional exige mantener una adecuada vigilancia y control sobre las instituciones financieras que, en el giro de sus negocios, utilizan fundamentalmente recursos del público.

Ahora bien, en el artículo 19 bis del Decreto Ley citado se establece que, cuando a juicio del Superintendente, la situación de una institución fiscalizada presentare inestabi-

(62) Id., sesión 388, pp. 2904-2905.

(63) Id., pp. 2914-2917; sesión 398, p. 3113.

(64) Id., pp. 2915-2916.

(65) Id., p. 2914.

(66) Id., sesión 384 p. 2818; sesión 388, pp. 2902-2903; sesión 394, pp. 3034-3035.

(67) Id., sesión 388, p. 2918.

(68) Id., pp. 2917-2919. Constitución de 1980, artículo 19, N° 26.

alidad financiera o administración deficiente, se le podrán prohibir total o parcialmente uno o más de los actos que se indican en él, por el plazo que dicha autoridad estime necesario. Preceptúa el mismo artículo que se entenderá en todo caso que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas, directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución. Enumera en seguida siete prohibiciones, a las que cabe añadir la contemplada en el inciso 4º y que fue ya examinada en este informe. El artículo glosado tipifica penalmente —sin perjuicio de la responsabilidad civil que surge de la referencia que en él se hace al artículo 20 del mismo Decreto Ley— la conducta de los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de las siete prohibiciones aludidas, sancionándolos con presidio menor en sus grados medio a máximo. La norma finaliza supeditando a la decisión del Superintendente el plazo de convocatoria a junta de accionistas y el número de avisos a publicar con el mismo objeto, cuando se trata de uno o más de los tres propósitos que menciona.

Imperativo es relacionar la disposición en examen con el artículo 84 del D.F.L. N° 252, del Ministerio de Hacienda, de 1960, Ley General de Bancos. Dicho artículo, en su texto hoy vigente, contempla las limitaciones aplicables a las operaciones que realicen los bancos y que se extienden a las entidades financieras por virtud de los artículos 111 y 113 del cuerpo legal citado.

Como se declara en el propio texto legal, el artículo 84 versa sobre las limitaciones, las cuales deben ser respetadas por los bancos e instituciones financieras desde que integran el régimen jurídico con sujeción al cual fueron constituidos. Entre aquellas limitaciones hay algunas —por ejemplo, las previstas en los números 1, 2 y 7— cuyo objetivo es impedir la concentración de créditos, sancionando siempre con multas las infracciones, sin perjuicio de otras consecuencias que, empero, no tienen cabida tratándose de concentraciones crediticias.

Infiérese de lo expuesto que, mientras por un lado el artículo 84 de la Ley General de Bancos consagra limitaciones, la infracción de las cuales acarrea las multas que en cada evento precisa, de otro lado el artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, configura prohibiciones-sanciones cuya transgresión conlleva la pena de presidio que señala. Esto significa que, en materia de concentración de créditos, el Legislador ha pasado de las limitaciones a las prohibiciones-sanciones y de la imposición de multas al presidio para los infractores. Por este camino, el Legislador ha llegado hasta presumir de derecho que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos, siendo de suponer que tal concentración ocurre estricta y únicamente en alguna de las hipótesis formuladas en el artículo 84 mencionado.

Pues bien, conviene puntualizar —aunque sea obvio— que el precepto constitucional en este capítulo examinado es el único aplicable a la solución del problema específico, consistente en determinar el valor jurídico del artículo 19 bis frente al derecho fundamental, reconocido a todas las personas, para desarrollar cualquiera actividad económica.

Si se procede a confrontar el precepto constitucional analizado con el artículo 19 bis examinado y otros a él conexos fluye, en primer lugar, que mientras aquel precepto asegura a los bancos y entidades financieras el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, respetando las normas legales que la regulen, este artículo, entretanto, prohíbe llevar a cabo los actos del giro de los negocios bancarios y financieros que indica, sobrepasando las limitaciones que, para impedir la concentración crediticia, se contem-

plan en el artículo 84 de la Ley General de Bancos. De la confrontación fluye, en segundo lugar, que para imponer la prohibición el Legislador tuvo presente el interés nacional y no la moral, el orden público y la seguridad nacional, como lo prescribe la Constitución. Fluye, en fin, que mientras la Constitución faculta a la ley para regular el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a los tres valores nombrados, en el caso concreto del artículo 19 bis han sido configuradas diversas prohibiciones, de alcance total o parcial según lo resuelve discrecionalmente el Superintendente.

Del parangón efectuado, el informante deduce que el Legislador ha vulnerado el precepto constitucional analizado y ello por dos razones al menos.

Desde luego, el interés nacional en que se basa el artículo 19 bis no es sinónimo de la moral, el orden público y la seguridad nacional, esto es, los únicos tres valores que la Constitución contempla a los efectos de prohibir el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Es cierto que la Constitución permite al Legislador establecer, en atención a los intereses generales de la Nación, las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (69). Pero ese es otro asunto, extraño al tópico específico aquí investigado y que, en consecuencia, no puede ni debe ser dilucidado con sujeción al principio de la función nombrada. Es decir, aunque vinculadas, fuerza es distinguir entre las limitaciones y obligaciones que, para satisfacer los intereses generales de la Nación, el Legislador establezca apoyándose en la función social del dominio, por un lado, de las prohibiciones que el mismo Legislador fije al ejercicio del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, por ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, de otro.

El artículo 19 bis vulnera el precepto constitucional analizado, además, porque el Legislador sólo puede regular el ejercicio del derecho a desarrollar las actividades bancarias y financieras que no sean opuestas a los tres valores ya indicados. Regular es dictar las reglas que permitan el libre y ordenado ejercicio de ese derecho, incluyendo la facultad de limitarlo en ciertos eventos como lo hizo el artículo 84 de la Ley General de Bancos, sin jamás prohibirlo sino cuando la actividad sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. Ya se explicó que la hipótesis de la prohibición no concurre en el artículo 19 bis, pues él se funda en el interés nacional y no en los valores nombrados. Síguese de ello que la competencia del Legislador es la que emana de las palabras finales del artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución, o sea, dictar las normas que regulen el ejercicio del respectivo derecho. Y es claro que el artículo 19 bis no ha regulado ni limitado sino que, lisa y llanamente, prohibido los actos que describe, con lo cual ha excedido las facultades que el Poder Constituyente le otorgó.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, es contrario al derecho que la Constitución asegura a todas las personas para desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Esa contradicción del precepto legal con la Ley Fundamental debe ser resuelta por la Corte Suprema mediante la pertinente declaración de inaplicabilidad, sin perjuicio de recurrir de protección en contra del acto administra-

(69) Constitución de 1980, artículo 19, N° 24, inciso 2°.

tivo que ejecute la disposición inconstitucional. La otra solución es derogar el artículo 19 bis o, cuando menos, adecuarlo a la Constitución.

4. Derecho de Propiedad

A. Análisis Constitucional

a) Aplicación del principio de libertad es, en fin, que la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (70). Queda, pues, declarado el reconocimiento de la propiedad privada adquirida en forma individual, familiar, social, cooperativa y en cualquier otra. Ese derecho puede recaer sobre cuanta clase de bienes exista, corporales muebles e inmuebles, incorporales sean derechos reales o personales, en uno y otro caso de simple utilización privada o de producción e intercambio (71).

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la Seguridad Nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (72).

Imperativo es agregar que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el Legislador. En tal caso, el expropiado tiene siempre derecho a la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fije de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales ordinarios (73).

La indemnización debe ser pagada en dinero efectivo y al contado, salvo que el expropiado acepte otra modalidad de solución (74).

Por su incidencia en la cuestión consultada, útil es formular algunas precisiones en torno a dos de las atribuciones que la Constitución confiere al Legislador respecto al dominio. La primera de tales facultades se refiere a que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, entretanto la segunda versa sobre las limitaciones y obligaciones que la ley establezca por ser derivadas de la función social.

Al regular los modos aludidos debe el Legislador formular su obra en términos generales y objetivos, sin que pueda imponer exigencias, prohibiciones o restricciones carentes de fundamento racional que las justifiquen por la naturaleza de las cosas discriminadas. Si la prohibición recae sobre el Legislador, con mayor razón afecta a la Administración y aquél no elude la traba dando poderes discrecionales a ésta, porque la prohibición sigue vigente y, además, tampoco le es dado delegar sus atribuciones en materias comprendidas en las garantías constitucionales (75). De manera que es propio de

(70) Constitución de 1980, artículo 19, N° 24, inciso 1°. Código Civil, artículos 565, 566, 580 y 583.

(71) José Luis Cea Egaña: "Estatuto Constitucional del Dominio", *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, N° 42 (abril 1979), pp. 14-15.

(72) Constitución de 1980, artículo 19, N° 24, inciso 2°.

(73) Id., inciso 3°.

(74) Id., inciso 4°.

(75) Id., artículo 61, inciso 2°.

la ley regular el modo o forma de adquirir, usar y disponer del dominio, en términos generales, iguales y sin diferencias injustificadas racionalmente por la naturaleza de la propiedad, cuidando de no lesionar esta esencia del derecho y que se manifiesta en los atributos y facultades que lo caracterizan.

Con relación ahora a las limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de la función social, establecerlas incumbe exclusivamente al Legislador y, para que no ocurran fraudes por la vía de entregar poderes discrecionales a la Administración, la norma legal tiene que ser muy precisa en la descripción completa de la restricción o deber que haga recaer sobre el propietario, vinculando o reglando los actos administrativos que la lleven a cabo.

Fluye de los demás preceptos constitucionales transcritos, finalmente, que sólo la ley puede privar, total o parcialmente, de alguno de los atributos esenciales del dominio, es decir, de su perpetuidad, exclusividad y ejercicio según un razonable arbitrio. Fluye también de esos preceptos que sólo la ley puede privar, total o parcialmente, de una o más de las facultades del dominio, o sea, usar, gozar —que incluye, sin duda alguna, la facultad de administrar (76)— y disponer de la propiedad (77). Fluye de los mismos preceptos, en fin, que si la ley es la única clase de norma jurídica que puede privar de la propiedad, del bien sobre que recae o de uno o más de los atributos o facultades esenciales mencionados, sea total o parcialmente, es también la ley la que en tal caso ha de autorizar previamente la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el Legislador. Tal calificación, sin embargo, es revisable de oficio o a petición de parte por la Corte Suprema para su eventual declaración de inaplicabilidad (78). Y cumplidos los supuestos anteriores, el expropiado tiene siempre derecho a indemnización, la cual, a falta de acuerdo, debe serle pagada en dinero y al contado.

Pues bien, si la Constitución señala, por una parte, que sólo la ley puede establecer las modalidades del dominio así como las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, y de otra, que sólo ella puede privar de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, mediante expropiación y con indemnización, la clave del criterio sustentado por el Poder Constituyente reside en que el Legislador no puede privar con el pretexto de regular los modos o fijar los límites y deberes referidos, porque éstos afectarían la esencia del derecho despojándolo de sus elementos intrínsecos. El Constituyente decidió, de esta manera, que por la vía de las atribuciones que le fueron reconocidas no llegara el Legislador a la privación, total o parcial, temporal o definitiva, retroactivamente o no, del dominio, de sus atributos o facultades esenciales.

Con el mérito de la razón expuesta se entiende por qué la esencia que se protege del dominio aparece junto a la expropiación con indemnización, esto es, a la única figura jurídica que según la Constitución es idónea para privar al dueño de lo que es suyo (79). Si privar del derecho es despojarlo de la titularidad, privar al derecho de su esencia es, en cambio, dejar aparente o nominalmente la titularidad, quitando su contenido. Por eso, el Poder Constituyente obturó el resquicio, al defender al dueño tanto de la privación de su

(76) Actas, nota 11, sesión 148, p. 28; sesión 150 pp. 19-20; sesión 151, pp. 7-11; sesión 157, p. 10; sesión 158, pp. 9-10, 17, 20 y 23; sesión 159, pp. 7-9 y 23; sesión 160, pp. 4, 7-14.

(77) Id.

(78) Actas, nota 11, sesión 148, p. 28; sesión 149, pp. 3-4; sesión 150, pp. 19-20; sesión 151, pp. 8-11; sesión 158, pp. 9-10, 17 y 20-21. Constitución de 1980, artículo 80.

(79) Id., sesión 160, pp. 25-31.

titularidad como de la esencia del derecho (80). Y puesto que el dominio en sí no vale nada sin sus posibilidades de ejercicio, privar del ejercicio de los atributos o facultades del mismo, aunque sea parcialmente y uno, es quitar el derecho, y quitar el derecho es, naturalmente, privar al titular de su ejercicio (81).

Relevante es consignar aquí la preocupación —que consta en los anales fidedignos— sobre la protección de la esencia de dominio de las personas jurídicas de derecho privado.

“Tal protección abarca mucho más que la simple idea de ponerlas a cubierto de una extinción arbitraria, porque si más tarde, por medio de una ley —existen antecedentes más o menos cercanos— a una persona jurídica de derecho privado o una sociedad anónima se le alteran sus reglas de administración y, por ejemplo, se les arrebatan a los accionistas su derecho a administrarla y se les impone una administración extraña, quiere decir que también se está en presencia de una situación irregular que repercute, sin duda alguna, en el derecho de propiedad que tienen los accionistas de la sociedad anónima sobre el patrimonio, por cuanto han quedado desvirtuados y despojados de su derecho de administración” (82).

Entonces ¿dónde está la diferencia entre lo que es limitación y lo que es privación? “La privación —se respondió en la Comisión— consiste en que una de las facultades, que son la esencia del derecho de propiedad, no la ejerce su titular. Por lo tanto, afecta a la esencia del derecho cuando se dispone que otro use por el dueño, que disponga por el dueño, porque se afecta un atributo esencial del derecho. En cambio ¿cuál es la limitación? La limitación es que, reconociéndose la facultad de usar, gozar o disponer, el dueño tiene que usar, gozar o disponer de su propiedad con las limitaciones que emanen de la función social que ella debe cumplir. Pero es el dueño quien la usa. Además, desde el momento en que el Legislador entrega a otro la facultad de ejercer los atributos de la propiedad por su dueño, lo está privando del derecho o de factores esenciales del mismo, lo cual hace ilusorio el derecho” (83).

Menester es agregar, por último, que la limitación del dominio no se diferencia de la privación en que aquella deje un saldo subsistente del derecho y ésta no, porque la esencia es un concepto cualitativo más que cuantitativo, o sea, “el concepto de disminución substancial es relativo, ya que podría no haber disminución y verse afectada la esencia sin disminuirse” (84). Y puesto que para evitar los resquicios se protege la propiedad en su totalidad, ésta no puede ser desmenuzada, triturada, desfigurada, desnaturalizada y vulnerada alegando el Legislador que autoriza la expropiación sólo de un atributo o de una facultad y lo hace parcialmente, porque en tal caso cabe sostener que es improcedente la expropiación parcial (85).

En síntesis y recogiendo un antecedente fidedigno, la propiedad privada sobre toda clase de bienes es la base del régimen socioeconómico consagrado en la Constitución y ello por la sustancial relación que tiene ese derecho con la libertad de las personas en su más pleno sentido (86).

(80) Id., pp. 9 y 21.

(81) Id., p. 21.

(82) Id., sesión 156, p. 14.

(83) Id., sesión 157, p. 10.

(84) Id., sesión 158, p. 18 y sesión 159, p. 17.

(85) Id., sesión 160, pp. 24, 26, 29, 30-31; sesión 161, pp. 5-7.

(86) Informe, nota 6, pp. 153 y 211-212.

b) Nuestra judicatura se ha pronunciado y correctamente sobre la esencia del derecho de dominio en sus diversas especies, incluyendo el de la sociedad a ser administrada por sus directores legítimos, el de los accionistas a elegir y revocar a sus mandatarios y a la función que implica el ejercicio de un cargo administrativo.

Así, y por ejemplo, la Corte Suprema ha reconocido que una "persona jurídica es representada por sus administradores, teniendo su directiva el uso y goce de los muebles, inmuebles y bienes incorporales de que es legalmente dueño, de donde se sigue que al privarse a los miembros legítimos de su Directiva Titular de sus cargos, se afectó dicho uso y goce por parte de la entidad administrada, resultando de tal modo violado el dominio sobre ellos cuya protección se solicita mediante el recurso en estudio". En la misma sentencia se declaró que, al removerse ilegalmente a los directores, "se afectó también su derecho de dominio sobre sus cargos, porque la administración de la entidad mencionada que se les había conferido legítimamente importa el ejercicio de las facultades de uso y goce del cargo implícitas en ese derecho de propiedad". Concluye el fallo señalando que "las situaciones a que se ha hecho referencia precedentemente importan perturbaciones de las garantías constitucionales que los recurrentes invocan en su libelo", motivo por el cual se acoge el recurso de protección en cuanto a que al directorio "corresponde ejercer la Administración de la Corporación de acuerdo con sus estatutos" (87).

B. Examen Legal

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, faculta al Superintendente en las dos hipótesis de hecho que menciona, cuya declaración confía a su juicio exclusivo, para prohibir total o parcialmente uno o más de los actos que se indican en él, por el plazo que el jerarca administrativo estime necesario, presumiendo de derecho que una de las hipótesis ocurre cuando la institución afectada haya concentrado créditos. Entre las prohibiciones que el artículo consigna se encuentran siete en su inciso segundo, a las que deben añadirse las de revocar los mandatos, pronunciarse sobre la renuncia de los directores, gerentes, administradores o apoderados y el término de contrato de los tres últimos.

La disposición fue cuidadosamente redactada, más que probable con la intención de que no proyectara la idea de una privación del dominio por vía de la intervención franca, declarada discrecionalmente y por tiempo indefinido. Por eso, el texto de ella se refiere a actos prohibidos que afectan a la institución respectiva y de cuyo cumplimiento se hace responsables, civil y criminalmente, a sus directores, gerentes, administradores y apoderados. De esta manera, ante cualquier reproche podría alegarse que estamos ante una limitación del dominio y que la entidad no ha sido intervenida, puesto que sigue desarrollando su actividad y bajo la administración legítima, siendo la decisión del Superintendente nada más que una medida de resguardo de los intereses de terceros, dictada en ejercicio de su tarea fiscalizadora.

Es sensato suponer que la intención sincera está oculta tras la finalidad que en su forma el precepto legal malamente aparenta. Tal intención sincera es intervenir, efectiva e

(87) Corte Suprema, Rol 14.749, sentencia de 15 de enero de 1981, Confederación Nacional de Cooperativas del Agro, "Copagro". Recurso de Protección. Apelación. Civil. Considerandos 4º y 11º. *Fallos del Mes* N° 266 (enero 1981), pp. 485-488. Cf., sin embargo, Corte Suprema, Rol. 15.027 sentencia del 28 de julio de 1981, Ahumada Collao. Recurso de Protección. Apelación. Civil. *Fallos del Mes* N° 272, pp. 293-303 y el voto disidente del Ministro Correa Labra.

indefinidamente, a las empresas bancarias y financieras. Pero, como reconocerlo así, merecería la censura jurídica y de otras especies, se ha optado por el subterfugio de llamar "actos prohibidos" o de otra manera a los que el Superintendente impone a los afectados. De esta forma, cómodamente la ley cree alterar por magia la naturaleza de las cosas, las cuales y pese a ello siguen en la especie siendo privaciones del dominio e intervenciones administrativas, no meras prohibiciones y limitaciones a su ejercicio. Por lo demás, ha sido reconocido que con esta argucia se trata de evitar "que el Estado tome a su cargo la administración de una institución financiera asumiendo, por tanto, el riesgo y costo de esa gestión", es decir, "para evitar la utilización de facultades de mayor intervención" (88).

Aunque los propósitos del Legislador sean legítimos, lo cierto es que el expediente seguido para consumarlos es, en el caso del artículo 19 bis, una reproducción lamentable de los resquicios legalistas que el Poder Constituyente de 1980 decidió erradicar. Preceptos como el nombrado, dictado según parece con designios transitorios, derivaron otrora en permanentes y del olvido en que estaban pasaron a una aplicación intensa, cuyos reprobables resultados son conocidos y es inaceptable repetir.

Habría que insistir en que fines legítimos precisan de medios idénticos, porque sin más aquéllos no justifican a éstos. Y tratándose del artículo 19 bis tórnase patente que no existe la consistencia exigida por la Constitución. Primero, pues a los bancos y entidades financieras intervenidas por la Superintendencia se les priva de la administración y disposición de sus bienes, esto es, de facultades esenciales del dominio que tienen en su patrimonio. Segundo, debido a que la misma anomalía ocurre con las facultades del dominio que son de la esencia de las acciones y del derecho personal que en ellas tienen los accionistas de las instituciones intervenidas. Tercero, porque con esta intervención administrativa los directores respectivos quedan cuasi interdictos y despojados, en la realidad, del derecho personal al desempeño libre de sus funciones o, lo que es igual, de un atributo y facultades inherentes al derecho de propiedad sobre sus cargos.

Existiendo en las tres situaciones descritas privación del dominio, de los bienes sobre que él recae, de atributos y facultades esenciales del mismo, la ley debió proceder a autorizar las expropiaciones correspondientes con el pago previo de indemnización, porque así lo ordena la Carta. Es claro que en esto el Legislador tampoco respetó a la Constitución.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, configura privaciones de la propiedad e intervenciones administrativas discrecionales e indefinidas, vulnerando en su esencia las facultades del dominio, reconocido en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes en el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Por tal razón y en defensa de la Ley Fundamental el precepto tachado debe ser declarado inaplicable, sin merma de recurrirse de protección contra la resolución de la Superintendencia que lo ejecute, a menos que dicho precepto sea con antelación derogado o ajustado a la Constitución.

(88) "Análisis de la Legislación Bancaria y de Mercado de los Capitales", nota 3, p. 359.

VII. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El segundo de los principios constitucionales que rigen el Orden Público Económico es el de subsidiariedad. Ciertamente, él fluye del principio de libertad cuya concreción fue ya examinada, pero diversos preceptos de la Constitución lo reafirman. Por incidir la consulta planteada en la función y actividad económica del Estado, acotaré mi informe sólo a ese rubro.

A. Análisis Constitucional

Fue en su lugar demostrado que el Estado reconoce, ampara y garantiza a los grupos intermedios la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines económicos específicos. Observado desde otro ángulo, este es el derecho a participar, individualmente o asociado, con igualdad de oportunidades y sana competencia en la economía nacional.

Cuando la sociedad política se modela sobre la base del amplio y libre ejercicio del principio de subsidiariedad y de la participación señalada, entonces se trata de un Estado Subsidiario. Ocurre así, pues, mientras ese principio establece los límites a la acción del Estado respecto a las sociedades intermedias, asumiendo sólo las funciones y actividades económicas que éstas no pueden cumplir, aquel derecho les deja el máximo de libertad posible para que, realizando sus propios fines específicos, propendan a la realización de los objetivos económicos colectivos (89).

La Constitución reconoce el principio de subsidiariedad y la participación libre de las asociaciones intermedias en toda clase de actividades económicas lícitas. Consecuentemente, si el Estado o sus organismos pretenden privar o limitar a dichas asociaciones del aludido derecho, son ellos quienes tienen que probar que lo hacen porque los particulares son incapaces de cumplir sus fines en forma satisfactoria y que el nivel más alto puede hacerlo mucho mejor. Y esto no es cuestión de ideologías ni de caprichosas preferencias, sino que objeto de una investigación rigurosa y completa de cada asociación económica, para así elaborar un estudio y decisión imparcial acerca de los costos y beneficios que, para el bien común, tiene la intervención prioritaria de la autoridad pública.

Al considerar la intervención del Estado en la economía, conveniente resulta separar las disposiciones que se refieren al Estado y sus organismos, por una parte, de aquellas que versan sobre la economía privada, de otra. En el primer aspecto, a su vez, se ha ido perfilando una diferencia. Pues distinto es el Estado como guía y rector de la economía del país, que dicta y fiscaliza las normas pertinentes, entregando a la Judicatura la aplicación de las sanciones que la Administración le proponga para los infractores, de un lado, del Estado-empresario, es decir, gestor y productor directo de bienes y servicios como el sector privado, por otro.

Las distinciones expuestas demarcan, según las axiologías inspiradoras de los textos constitucionales, cuál es la función del Estado y la órbita de la economía pública, privada y mixta. En la Ley Fundamental chilena de 1925, esa línea demarcatoria no existía. En la Carta de 1980, por el contrario, la respectiva competencia pública y privada está con claridad señalada, pudiendo resumir lo ya demostrado diciendo que ella recoge el canon de la subsidiariedad del Estado.

(89) Actas, nota 11, sesión 187, pp. 18-19; sesión 188, pp. 2 y 5; sesión 373, pp. 2610-2611. Informe, nota 6, pp. 149, 150 y 159-161.

Ahora bien, en el proceso económico de Chile participan el Estado y los particulares, siendo distinta la naturaleza de las reglas jurídicas que rigen las dos situaciones que pueden presentarse y que resumo en los términos siguientes: Primero, preceptos que establecen y regulan la acción normativa, fiscalizadora y punitiva del Estado y sus organismos en la economía, incluyendo los que rigen las relaciones económicas entre el Estado y el sector privado; y segundo, preceptos aplicables exclusivamente a este último, caso en el cual cabe dilucidar si son o no comunes para los particulares y el Estado en cuanto empresario (90).

De las premisas expuestas se desprende que la primera de las situaciones descritas engarza con lo que, sin excepción, se reputa de la esencia del derecho público. Tal es el caso, entre otros, de la expropiación con indemnización, la concesión, la requisición, la tributación, el establecimiento de limitaciones y obligaciones al dominio que deriven de su función social o los límites y requisitos a la libre apropiabilidad privada de bienes. Pues y aunque se presencia hoy cierta difuminación de límites entre lo público y lo privado, de manera que son marcas y no fronteras lineales las que los separan (91), permanece como esencia del derecho público la de ser un ordenamiento fundado en relaciones de superioridad y subordinación, con sujeción a cuyas normas la autoridad imparte órdenes que los particulares han de obedecer. De esa manera se establecen obligaciones exigibles por los gobernantes independientemente de la voluntad de los obligados, castigándose las infracciones.

Ahora, a propósito de la segunda de las situaciones planteadas, cabe insistir en que el ámbito del derecho privado en la economía depende de los valores plasmados en la Constitución. En el caso de Chile, los principios y normas explicados consagran la subsidiariedad del Estado y sus organismos, quedando un vasto campo de iniciativa y acción a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual. De esta manera, las relaciones económicas entre los particulares se rigen por el canon de la coordinación entre sujetos situados en un mismo nivel y que son recíprocamente independientes. Es la libertad expresada con sujeción a la Constitución y a las leyes la fuente de las obligaciones correlativas.

Imperativo resulta dilucidar, empero, si las normas aplicables al sector privado de la economía son o no comunes con las del Estado-empresario.

En la nueva Constitución se reconoce, según lo he demostrado, la igualdad de oportunidades para participar con libertad en la vida económica, prohibiéndose establecer diferencias y discriminaciones arbitrarias (92). Por consiguiente, es un derecho de todas las personas, como lo es subsidiariamente del Estado y sus organismos, realizar actividades económicas, individualmente o asociado, sean de índole empresarial u otra, sin excepción ni distinción que no sea de las en texto expreso previstas en la Ley Fundamental.

Permite la Constitución que el Estado y sus organismos, sin embargo, desarrollen actividades empresariales o participen en ellas (93). Pero esta es una excepción que tiene

(90) Actas, nota 11, sesión 68, pp. 10-12; sesión 248, pp. 66-83; sesión 249, pp. 90-94; sesión 388, pp. 2914-2920; sesión 389, p. 2941.

(91) Manuel García Pelayo: *"Las Transformaciones del Estado Contemporáneo"* (Madrid, Alianza, 2a. ed., 1980), pp. 25 y 75.

(92) Constitución de 1980, artículo 1º, incisos 1º, 3º y 5º; artículo 19, Nº 2, inciso 2º, Nº 21, inciso 1º Nº 22, inciso 1º, Nº 23, inciso 1º Nº 24, incisos 1º, 2º, 3º, y 4º y Nº 26; artículo 98, inciso final; artículo 102, inciso 1º y artículo 110, inciso 1º.

(93) Constitución de 1980, artículo 19, Nº 21, inciso 2º.

lugar, a la luz de la historia fidedigna, sólo si se cumplen los cuatro requisitos siguientes: Primero, que se dicte una ley de quórum calificado, cuya iniciativa pertenece exclusivamente al Presidente de la República (94); segundo, que dicha ley autorice al Estado o a sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, sea en forma directa o indirecta y aún en porcentaje ínfimo o minoritario (95); tercero, que esas actividades queden sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, de manera que sin estatutos especiales ni privilegios el trato, las condiciones, los beneficios y las cargas sean impersonales, generales e iguales tanto para el sector público como para el sector privado (96); y cuarto, que cualquiera salvedad a esa legislación común sea establecida por una ley de quórum calificado y fundándose en motivos justificados pues, de lo contrario, sería inconstitucional al incurrir en una diferencia o discriminación arbitraria (97).

B. Examen Legal

No sólo el artículo 19 bis, sino que otros del mismo Decreto Ley N^o 1.097, de 1975, confieren facultades normativas y fiscalizadoras a la Superintendencia. Así ocurre, por ejemplo, con los artículos 2^o 12, 14, 15, 17, 18, 19, 21 y 23 del cuerpo legal citado. El punto que deseo enfatizar, sin embargo, es que en concepto del informante resulta improcedente la aplicación del artículo 19 N^o 21 inciso 2^o de la Constitución no ya a las actividades empresariales del Estado y sus organismos, sino que, además, a las funciones normativa, de control y punitiva que ellos lleven a cabo.

En efecto, los anales oficiales de la regla fundamental mencionada inducen a pensar que no puede sostenerse tal extensión (98), aunque el amplio sentido que la palabra "participar" encierra, podría apoyar la interpretación contraria. Dicho en otros términos, el artículo 19 N^o 21 inciso 2^o de la Constitución se aplica sólo al Estado en cuanto empresario y no a su capacidad normativa, fiscalizadora y punitiva, respecto de la cual rigen otros preceptos de la Carta explicados en los diversos capítulos de este informe.

En consecuencia, tratándose de la competencia por vía ilustrativa consignada en los artículos citados del Decreto Ley N^o 1.097, la intervención de la Superintendencia no estaría constreñida por los pertinentes requisitos que la Constitución exige para que el Estado y sus organismos participen en actividades empresariales. Y en concreto, confrontada la norma constitucional con el artículo 19 bis y demás del Decreto Ley N^o 1.097, resultaría que en la especie no procede exigir la existencia de preceptos legales de quórum calificado, ni normas distintas a la legislación económica común aplicable a los particulares, como tampoco que estén explícitamente establecidas por motivos empresariales justificados, por lo cual no cabe, con relación precisa a dicha norma constitucional y

(94) Id., artículo 62, inciso 3^o e inciso 4^o Nros. 2^o y 3^o.

Debe, sin embargo, tenerse presente en relación con éste y los siguientes requisitos la salvedad hecha en la quinta disposición transitoria de la Carta, cuyo texto es el que reproduzco:

"Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondiente cuerpos legales".

(95) Actas, nota 11, sesión 384, pp. 2817-2822; sesión 388, pp. 2917-2921.

(96) Id., sesión 398, pp. 3109 y 3126-3127.

(97) Id., sesión 397, pp. 3091-3105.

(98) Id., sesión 384, pp. 2818-2822; sesión 388, pp. 2914 y 2917-2921.

no a otra, alegar que se ha incurrido por la ley en una diferencia o discriminación arbitraria.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis y otros que confieren facultades normativas, fiscalizadoras y punitivas al Superintendente no violan el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución, porque éste se refiere sólo al Estado como empresario y no en cuanto a guía, regulador y rector de la economía nacional para el bien común.

VIII. PRINCIPIO DEL BIEN COMUN Y LA FUNCION SOCIAL

A. Análisis Constitucional

Si relevantes son todos los principios y preceptos hasta aquí examinados, más lo es el bien común como fin del Estado, pues tales directrices y normas son instrumentales para la consecución del bien aludido, es decir, el fin que legitima a la sociedad política y las decisiones de quienes la gobiernan y administran.

La Constitución declara, precisamente, que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales, incluidas las económicas, que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce (99). Esta función del Estado es, por ende, eminentemente dinámica, promotora del bienestar colectivo.

En la Constitución se encuentran numerosas aplicaciones de tan significativo parámetro, de las cuales por su incidencia en el asunto planteado una —la función social— debo aquí analizar.

Fue ya explicado que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones a la propiedad que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas tanto como la conservación del patrimonio ambiental.

Las aludidas limitaciones y obligaciones son la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. De tal premisa se sigue que, si bien todas las limitaciones legales son de aquellas que la doctrina propugna, no todas las que ésta reconoce tienen rango jurídico. A la ley corresponde precisamente elevar a obligaciones —legales— aquellos deberes sociales que, a su juicio, las circunstancias requieren. Por y para esto es necesario que la Constitución le confiera competencia al Legislador (100).

(99) Constitución de 1980, artículo 1º, inciso 4º.

(100) Informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativo al Derecho de Propiedad, reproducido en Actas, nota 11, sesión N° 148, p. 31.

Util es distinguir los aspectos objetivo y subjetivo que encierra la función social. El aspecto objetivo de ella es el que se consigna en la Constitución, pues trata la función social desde el punto de vista de la autoridad pública, por contraposición al sentido subjetivo de dicha función, concerniente al deber del dueño de ejercer su derecho en armonía con los intereses colectivos. Y la diferencia tiene repercusiones, ya que mientras el aspecto objetivo atiende al principio de que el interés social prima sobre el particular del dueño, justificando limitaciones y obligaciones originadas en las necesidades colectivas, con prescindencia de la conducta del propietario, el aspecto subjetivo de la función social, por el contrario, se erige en factor limitante y vinculante del ejercicio del dominio al impedir que su titular lo haga con abuso del derecho, es decir, fuera de sus fines naturales o de un modo irracional. Por ende, se puede ejercer el derecho de propiedad en forma de que cumpla una función social, pero por los intereses generales del Estado es necesario imponerle limitaciones, ajenas al ejercicio legítimo del derecho por su titular, o sea, extrañas a la responsabilidad que implica ser dueño (101).

Las fuentes de limitaciones y deberes que fluyen de la aludida función, si bien son amplias o genéricas en su sentido, fueron consignadas con deliberada intención taxativa, exhaustiva, excluyente y de interpretación restrictiva (102).

Esas fuentes, además se refieren a valores del máximo interés para todo el país o, como mínimo, para sectores muy amplios de la población nacional pues, de lo contrario, serían inconducentes al bien común.

Las fuentes tienen como objetivo preciso realizar la función social del dominio, por lo que ninguna otra consideración justificaría la intervención del Legislador, siendo correcto aseverar que la aludida función legitima las limitaciones y obligaciones (103).

Dichas fuentes son también distintas, porque si se entendiera lo contrario resultaría inútil y sin sentido que el Poder Constituyente las haya mencionado por separado en la Ley Fundamental (104).

Tales fuentes, por último, existen sólo si los valores que la Constitución indica exigen la imposición por la ley de límites y obligaciones al dominio. La competencia del Legislador, empero, es restringida, porque no puede fundarse en la función social para privar de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sea que lo pretenda temporal o definitivamente, con alcance parcial o total, de manera directa o indirecta, retroactivamente o para el futuro. En cualquiera de tales eventos, al Legislador sólo es permitido expropiar, por causa de utilidad pública o de interés nacional, confiándose a la Suprema Magistratura la facultad de declarar inaplicable, por inconstitucional, tanto un precepto legal que afecta la esencia del dominio con el pretexto de limitarlo o sujetarlo a obligaciones, como igualmente un precepto legal que autoriza una expropiación sin que exista realmente el motivo invocado para ello o apoyándose en alguno extraño a la Constitución (105).

Necesario es puntualizar, de otro lado, que las características expuestas para las limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de su función social rigen aun en los estados de excepción constitucional. Así lo declara el artículo 41 N^o 8 de la Carta, según

(101) Id., pp. 29-30 y 65; sesión 161, pp. 20-21; sesión 162, pp. 22 y 29.

(102) Actas, nota 11, sesión 162, pp. 20-25, 27 y 29-30.

(103) Id., sesión 162, pp. 29-30.

(104) Id., sesión 163, pp. 8-10, 17 y 23.

(105) Id., sesión 160, pp. 4-16, 24-27 y 28-31; sesión 161, pp. 4-7 y 18; sesión 163, pp. 12-13 y 20.

el cual las requisiciones que se practiquen durante la vigencia de alguno de los estados de excepción que permiten imponerlas “darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley”. Acto seguido, la misma disposición señala: “También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño”.

Síguese de todo lo expuesto que en la Constitución no encontramos una definición de la función social, sino que la mención taxativa de los valores cuya consecución dicha función ha de servir. Tales valores son inherentes al concepto en sí de la función social y por eso se derivan de ella. Ya se advirtió que aquellos valores son distintos y, aunque todos de alta relevancia para el bien común, no poseen entre sí igual jerarquía ni amplitud. Así, es posible argumentar que los intereses generales de la Nación y la seguridad nacional son valores cuya importancia y extensión trasciende a la utilidad y la salubridad públicas o la conservación del patrimonio ambiental, los tres últimos más específicos y circunscritos que los dos primeros.

Pero los valores aludidos tampoco están definidos en el ordenamiento positivo chileno y ello en atención a que, siendo nítido el núcleo conceptual de cada uno de ellos, resulta inconveniente infundirles rigidez, puesto que el Legislador precisa adaptabilidad para satisfacer las cambiantes circunstancias del progreso social. Sin embargo, repito que el núcleo de esos valores es claro y de ello hay prueba en la historia fidedigna del precepto. Con todo, siendo pertinente a la consulta sólo el valor vinculado a los intereses generales de la Nación, acotaré mi exposición a él.

Repárese, en primer lugar, que dichos intereses deben ser generales y no de un determinado sector, actividad o zona de la Nación (106). Hincapié hay que hacer, en segundo lugar, en que la norma constitucional se refiere a los intereses generales de la Nación y no del Estado, conceptos distintos aunque complementarios, más amplio el de aquélla que el de éste, referido al bien común de todo el elemento humano y no sólo al sistema de instituciones políticas y que lo representan y gobiernan (107). En fin, téngase presente que el valor explicado es el primero y más comprensivo de los nombrados en el precepto constitucional respectivo, tan amplio como “el mantenimiento y el progreso del orden social” que se contemplaba en el artículo 10 N^o 10 inciso final del texto original de la Constitución de 1925 (108).

B. Examen Legal

El artículo 19 bis fue introducido en un cuerpo legal dictado invocando que el interés nacional exige mantener una adecuada vigilancia y control sobre las instituciones financieras que, en el giro de sus negocios, utilizan fundamentalmente recursos del público (109).

A su turno, el artículo 19 bis ordena cuando, a juicio del Superintendente, la situación de la institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente, se le podrán prohibir total o parcialmente uno o más de los actos que se indican en él, por el plazo que el jerarca estime necesario, presumiendo de derecho que la

(106) Id., sesión 163, p. 17.

(107) Id., pp. 8, 17 y 26-27.

(108) Id., p. 13.

(109) Decreto Ley N^o 1.097, de 1975, considerando 1^o.

administración es deficiente en el caso que la institución haya concentrado créditos a personas vinculadas a la propiedad o gestión de ella.

El parangón entre el marco constitucional analizado y el contenido en el Decreto Ley N° 1.097 faculta para formular diversas observaciones.

Aparece así, antes que nada, la diferencia entre "los intereses generales del Estado", previstos en el ordenamiento fundamental vigente al dictarse ese cuerpo legal (110), y "los intereses generales de la Nación" contemplados en la Constitución de 1980, por una parte, y "el interés nacional" invocado en dicho Decreto Ley, de otra. Según lo ya demostrado, las locuciones transcritas tienen significado distinto. Empero, el informante estima que tal diferencia es aquí y ahora irrelevante, porque "los intereses generales de la Nación" y "el interés nacional" son expresiones esencialmente idénticas en sentido y alcance. Inútil también sería argumentar en contrario sobre la base de la diferencia que antes existía entre "los intereses generales del Estado" y "el interés nacional", pues aquel valor fue sustituido por "los intereses generales de la Nación" y ya expresé que éste no difiere del "interés nacional" considerado en el Decreto Ley N° 1.097.

Con todo, este último cuerpo nominativo apela al interés nacional para justificar la fiscalización "sobre las instituciones financieras que en el giro de sus negocios utilizan fundamentalmente recursos del público". Y en este punto menester se torna establecer una trascendental diferencia entre los bienes de una institución fiscalizada y los recursos del público que ella utiliza, pues mientras de aquellos es dueña no lo es de los últimos.

En efecto, las empresas bancarias y entidades financieras son dueñas de su patrimonio formado por el capital pagado, reservas y cualquier bien corporal o incorporal susceptible de apropiación y apreciación pecuniaria. En cambio, dichas empresas y entidades no son dueñas de los recursos del público que ellas utilizan en el giro de sus operaciones. Ahora bien, el interés nacional invocado en el Decreto Ley N° 1.097 se refiere a dichos recursos, a los cuales protege porque no son de las empresas que los utilizan sino del público que los deposita en ellas. Por el contrario, no está comprometido el interés nacional y no es posible lógicamente alegarlo respecto de los bienes que son propiedad de las empresas bancarias y financieras, sino en cuanto a imponerles, por ejemplo, limitaciones y obligaciones que aseguren la solvencia y plena responsabilidad de ellas por los recursos de terceros que han recibido en el giro de sus negocios. Consecuencia de lo escrito es que puede la ley imponer prohibiciones al empleo que de los bienes ajenos hagan los bancos y entidades financieras, pero no le es permitido lo mismo con los bienes propios de ellas.

Síguese de las argumentaciones expuestas, que apoyándose en los intereses generales de la Nación que derivan de la función social del dominio, el Legislador puede imponer válidamente prohibiciones, limitaciones y obligaciones a la utilización que los bancos y entidades financieras hagan de recursos que ellas reciben o captan y que no son suyos (111). Pero se sigue con igual vigor de dichas argumentaciones que el Legislador no puede fundarse en los intereses y función aludidos para establecer prohibiciones al destino que los bancos y entidades financieras decidan libremente dar al patrimonio que es suyo. Estas últimas prohibiciones no son, obviamente, limitaciones ni obligaciones sino que

(110) Decreto Ley N° 1.552, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976, Acta Constitucional N° 3, artículo 1º, N° 16, inciso 2º.

(111) Véase el dictamen del fiscal de la Corte Suprema, fechado el 6 de enero de 1982, en el Recurso de Inaplicabilidad Rol 15.507, publicado en IX *Revista Chilena de Derecho* N° 2 (mayo-agosto 1982), pp. 515-519.

privaciones de atributos y facultades esenciales del dominio que las sociedades fiscalizadas tienen por la Constitución asegurados sobre sus bienes corporales e incorporeales. Y ya se comprobó en su lugar que tales privaciones deben ser consecuencia de expropiaciones indemnizadas.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis del Decreto Ley N^o 1.097 no vulnera la disposición constitucional sobre la función social del dominio en cuanto fija prohibiciones, limitaciones y obligaciones a la utilización que los bancos e instituciones financieras hagan de recursos que no son de ellos sino del público. El artículo citado tampoco vulnera dicha disposición constitucional cuando impone limitaciones y obligaciones al empleo que las sociedades fiscalizadas hagan de sus propios bienes, siempre que no afecten en su esencia uno o más de los atributos y facultades del dominio que la Constitución les reconoce y ampara. Pero el artículo examinado infringe la Ley Fundamental al establecer prohibiciones sobre el patrimonio de los bancos y entidades financieras, porque ellas son privaciones de atributos y facultades esenciales del dominio que les está garantizado en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes. Por este último capítulo, en consecuencia, procede la declaración de inaplicabilidad del artículo 19 bis, como asimismo, que se acoja el recurso de protección interpuesto contra la resolución del Superintendente que pretenda ejecutar —o de hecho lleve a la práctica— ese precepto legal. La solución alternativa es reformar tal precepto para adecuarlo a la Constitución.

IX. PRINCIPIO DE IGUAL PROTECCION DE LOS DERECHOS

1. Igualdad protectora de la ley en el ejercicio de los derechos

A. Análisis Constitucional

La Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (112).

Aunque tal protección es consubstancial a un Estado de Derecho, en el que impera la igualdad en el contenido de los preceptos legales, tiene que ser subrayada la trascendental reafirmación explícita que el Poder Constituyente de 1980 hizo con esta garantía, especialmente a los efectos de recortar al máximo la discrecionalidad administrativa (113).

En efecto, si es de suma importancia la declaración que la Constitución hace en el sentido de reconocer que la ley debe siempre contener preceptos materiales iguales, sin que ella ni autoridad alguna puedan establecer diferencias arbitrarias (114), alcanza idéntica jerarquía la seguridad que en la Carta se proclama en cuanto a que el ejercicio de

(112) Constitución de 1980, artículo 19, N^o 3, inciso 1^o.

(113) Actas, nota 11, sesión 94, p. 30; sesión 100, pp. 4-7, 16 y 25-27; sesión 101, pp. 9 y 11.

(114) Constitución de 1980, artículo 19, N^o 2.

los derechos debe ser también igualmente protegido. Pues estéril sería asegurar la igualdad en la ley si, paralelamente, no se contempla la obligación para el Legislador y toda autoridad de otorgar igual protección a fin de realizar los derechos que, por alguna circunstancia, tengan que ser impetrados **ante** ellas. Ambas igualdades han de coexistir, consecuentemente, porque puede ocurrir que una ley de igual contenido sea desigual en la protección de los derechos que contempla, hipótesis que no excluye la inversa pero que posee mayor interés práctico que ésta (115).

La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos por y ante cualquier autoridad es un principio básico de un ordenamiento jurídico justo. Pero, además, menester resulta agregar que, entre los principios, es uno de los más trascendentales. En efecto, mediante la protección aludida se declara el derecho en los casos concretos, haciendo tangible la legitimidad de dicho ordenamiento (116). Bien se comprende, entonces, que la protección de que hablamos supone fácil acceso a las acciones y recursos que la lleven a cabo (117).

El principio tiene el más vasto campo imaginable de vigencia y la historia fidedigna prueba que es un profundo error limitarlo sólo a la protección de los derechos ante los tribunales (118). Pues, donde quiera que los derechos se encuentren amenazados, perturbados o conculcados por alguna autoridad o simple individuo, procede la protección que puede invocarse ante los superiores jerárquicos, ante otras autoridades y, en definitiva, ante los órganos que ejerzan jurisdicción, siendo en tal sentido los jueces ordinarios los herederos del remanente de este poder de declarar el derecho y restablecer su imperio (119). En suma, la intención del Poder Constituyente en esta disposición es la vivencia de todos los derechos por él asegurados y que, suscitado un problema sobre su vigencia, corresponda a alguna autoridad pública pronunciarse para dilucidarlo o dirimirlo. Es inexacto, por ende, limitar la protección a los tribunales, sean ordinarios, especiales o arbitrales (120).

Si los conflictos generan la intervención de la autoridad para dirimirlos, cualquiera que sea el litigio, siempre se halla la autoridad, no interesa quien sea, en el deber de proteger al que está o puede ser afectado en los derechos que la Constitución le asegura. Y si alguna autoridad se declara incompetente, jamás puede hacer lo mismo la judicatura, pues el principio constitucional de inexcusabilidad se refiere a todos los asuntos que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan (121). De manera que ningún derecho consagrado en la Constitución puede quedar sin protección, especialmente

(115) Actas, nota 11, sesión 100, pp. 25-26.

(116) Id., p. 15; sesión 214, pp. 12-13 y 18. Bandeira de Mello, nota 7, p. 446.

(117) Actas, nota 11, sesión 161, p. 4; sesión 214, pp. 12-13 y 18-19; sesión 215, pp. 4, 9-10 y 15-16; sesión 384, pp. 2828-2829.

(118) Id., sesión 100, pp. 15-16 y 25.

(119) Id., pp. 20, 22-23 y 30-31.

(120) Id., pp. 15-16. José Luis Cea Egaña: "Marco Constitucional del Proceso Justo", IX *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (enero-mayo 1982), p. 73.

(121) Constitución de 1980, artículo 73, inciso 2º. Código Orgánico de Tribunales, artículo 5º, inciso 1º. Actas, nota 11, sesión 100, pp. 20, 22-23, 29-30 y 32; sesión 216, pp. 21-22; sesión 304, pp. 1342-1349.

Julio Salas Vivaldi: "La Administración de Justicia en la Nueva Constitución Política de la República", en Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción: *Seminario de Estudio de la Constitución Política del Estado de 1980* (Concepción, Imprenta U. de Concepción, 1982), pp. 141-143.

judicial, y todas las autoridades, sin excepción, están en la obligación de prodigarla siendo absurdo pensar lo contrario (122). Dicho en otras palabras, toda persona tiene el derecho de exigir a cualquiera autoridad que la proteja en sus garantías pero, además, ella puede siempre acudir a los tribunales de justicia y ninguno de los derechos consagrados en la Constitución o en las leyes —que aparezca conculcado— podrá quedar sin protección judicial (123). Util es agregar que esta esencial premisa rige especialmente tratándose de actos administrativos, sea que ellos impliquen o no el ejercicio de alguna jurisdicción (124).

Sin embargo, la igual protección en el ejercicio de los derechos es una tarea que recae primordialmente en el Legislador, pero que se extiende —repito— a todas las autoridades (125). ¿Qué ocurre, entonces, si la ley misma es la que viola la Constitución, porque no evita la indefensión o incurre en desprotección? En tal caso, fácil es colegirlo, mediante la declaración de inaplicabilidad será esa ley dejada sin efecto en la materia o gestión precisa que conoció la Suprema Magistratura (126).

Con lo expuesto bien se entiende la importancia, pero también la amplitud, del precepto constitucional analizado. No es ocioso, a este último respecto, puntualizar que en dicha disposición está el principio esencial que se concreta, específicamente, en los incisos siguientes del artículo 19 N° 3 de la Constitución. De manera que todos esos incisos han de ser comprendidos, interpretados y aplicados a la luz del principio aquí analizado, al cual deben ser reconducidos para que, por circunstancia o motivo alguno pueda una persona, sin excepción ni distinción, quedar desprotegida o indefensa en el ejercicio de los derechos que la Constitución le ha reconocido. Esto quiere decir que el derecho a asesoría y defensa jurídica con medios propios o que la ley arbitre, la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, el imperativo del proceso debido con procedimiento racional y justo, la proscripción de las presunciones de derecho en la responsabilidad penal, el principio de la reserva legal en cuanto a los delitos y el homónimo en lo relativo a las penas, son consecuencias de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (127). Porque es indiscutible que hay desprotección o indefensión cuando el Legislador o cualquiera autoridad infringe una o más de las prerrogativas nombradas, las cuales no son sino concreciones del principio estudiado.

B. Examen Legal

El artículo 19 bis es una norma fundada en la discrecionalidad absoluta. Carece ella, por ende, de toda referencia o alusión a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Nada hay en ese artículo ni en los restantes a él conexos del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, que insinúe siquiera algún parámetro objetivo de aplicación, o un procedimiento preestablecido para que la Administración decida con objetividad, ni la regulación de la instancia de gracia, menos todavía el derecho a impugnar, ante otra autoridad, particularmente la jurisdiccional, el acto prohibitivo-sancionador del Superintendente.

(122) Actas, nota 11, sesión 100, pp. 22-23, 29-30 y 32.

(123) Id., sesión 100, pp. 26-27 y 33; sesión 103, pp. 9 y 11; sesión 304, pp. 21-22.

(124) Id., sesión 100, pp. 4, 7, 10, 16, 25-27; sesión 161, p. 4; sesión 384, pp. 2828-2829.

(125) Id., sesión 100, pp. 4, 7, 19-20.

(126) Constitución de 1980, artículo 80.

(127) Actas, sesión 100, pp. 4-7, 10-11, 25-27; sesión 216, pp. 21-22. Salas Vivaldi, nota 121, p. 142.

Diríase que con deliberado cuidado los redactores de aquel precepto omitieron en él la menor oportunidad de protección y defensa de los bancos y entidades financieras afectadas. Piénsese, por ejemplo, que las sanciones que el artículo 19 bis conlleva, siendo incomparablemente más graves que las amonestaciones, censuras o multas que para otros eventos contempla el Decreto Ley citado (128), no tienen como freno sino la autotutela del jerarca que, a su juicio exclusivo, las impone sin que se admita ninguna defensa o protección para dejarlas sin efecto. Es justo que las multas sean reclamables ante las Cortes de Apelaciones, pero es insólito que no exista tal derecho a propósito de sanciones evidentemente mucho más graves como son las que autoriza el artículo 19 bis. Parece increíble pero uno de los problemas que este artículo presenta es el de su ausencia de racionalidad. Pues ¿cómo imaginar que el Legislador pudo dictar un precepto tan abiertamente contrario a la Constitución?

Y de paso, al concluir cabe destacar otra singular anomalía: con el artículo nombrado su autor fue incluso más allá de lo que, no obstante los reconocidos defectos que tienen, contemplan como defensa en Chile otras leyes punitivo-administrativas (129).

C. Conclusiones

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, vulnera el artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Constitución, porque coloca en la más completa desprotección e indefensión a los bancos e instituciones financieras afectadas por la prohibición-sanción que les aplica el Superintendente en plena sede discrecional administrativa. Tal violación de la Ley Fundamental exige que, en defensa de ésta, la Corte Suprema declare inaplicable el artículo 19 bis, sin perjuicio del recurso de protección deducible contra el acto administrativo que intente ejecutarlo o así lo haga de hecho. Sólo puede plantearse como alternativa la derogación del precepto legal tachado o su reforma en términos que contemple una efectiva heterotutela judicial respecto de las decisiones del Superintendente.

2. Nadie puede ser juzgado por Comisiones Especiales

A. Análisis Constitucional

La Constitución asegura que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta (130).

La locución "comisiones especiales" es un eufemismo, porque expresa con suavidad o decoro una idea cuya recta y franca expresión sería dura o malsonante.

Debemos entender que ese eufemismo tiene un alcance amplio, en el sentido de que cubre tanto al individuo como a una pluralidad de ellos. Es transparente el fin perseguido por la Constitución y él no sería satisfecho si restringiéramos la extensión de la prohibición constitucional sólo a los grupos o cuerpos colegiados que juzgan de facto.

(128) Decreto Ley N° 1.097, de 1975, artículos 19 y 21.

(129) Verbo y gracia, los artículos 123 y siguientes del Código Tributario, D.L. N° 830, de 1974 y sus reformas, o bien, en materia de comercio de exportación, de importación y cambios internacionales el artículo 20 del D.F.L. N° 471, M. de Economía, de 1977, en relación con los artículos 35 y siguientes del Decreto Ley N° 1.078 de 1975.

(130) Constitución de 1980, artículo 19, N° 3, inciso 4°.

Comisiones especiales son, por lo tanto, las que, de modo individual o colectivo, se arrogan la facultad de tribunales sin serlo, ejerciendo de hecho la jurisdicción que la Constitución reserva a los órganos imparciales e independientes creados con carácter permanente por el Legislador.

Porque y en efecto se cumple el axioma de la separación de los poderes cuando se declara que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Por eso, ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos (131). De allí que, además, la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial sean propios de una ley orgánica constitucional, estando prohibido delegar facultades legislativas en la materia (132).

Toda persona tiene, entonces, el derecho a ser juzgada por el tribunal imparcial, independiente y permanente que la ley haya establecido con anterioridad para ese efecto.

Pues bien, juzgar es ejercer jurisdicción, o sea, decir cuál es el derecho aplicable a los casos concretos para dirimir una controversia civil, penal, administrativa o de cualquiera otra índole (133). La misión de juzgar o ejercer jurisdicción, enseguida, tiene lugar preferente pero no únicamente dentro de un litigio, es decir, la representación de una contienda entre partes que se hace en un proceso (134), pues también se juzgan conductas sin proceso para imponer detrimentos, cargas, lesiones y sanciones por infracciones u otro motivo (135). Juzga, por ende, todo el que habilitado por el ordenamiento jurídico decide sobre la persona y bienes de otro, afectándolo dentro o fuera de un proceso.

Quien juzga debe ser independiente, no comprometido o prejuiciado frente al juzgado. El que juzga tiene también que ser imparcial, esto es, que define con la libertad de su discernimiento el derecho aplicable al caso, sin subordinación a la persona que es juzgada o a otra ni a los intereses inherentes a lo juzgado. Cuando falta la independencia es imposible la imparcialidad y si ésta es la ausente tórnase casi quimérica la presencia de aquélla (136). Y por su directa incidencia en una y otra cualidad del juzgador resulta, evidentemente, que el propósito de la igualdad ante él es de difícil logro —cuando posible— si el tribunal no tiene carácter permanente, sino que se organiza tan sólo para juzgar a la persona o grupo de que se trata (137).

(131) Id., artículo 73, inciso 1º.

(132) Id., artículo 60, N° 1 en relación con el artículo 74 y el artículo 61, inciso 3º.

(133) Actas, nota 11, sesión 100, pp. 5, 7, 10, 16 y 25.

Cea Egaña, nota 120, p. 74; José Luis Cea Egaña: "Función Jurisdiccional y Poder Judicial", VI *Revista Chilena de Derecho* N°s 1-4 (febrero-agosto 1979), pp. 298-301; Salas Vivaldi, nota 121, pp. 133-134, 136-137 y 140-143.

(134) Cea Egaña, nota 120, p. 74; Carlos Cerda Fernández: "La Naturaleza del Proceso", LXXVII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1ª P., pp. 11-12; Eduardo J. Couture: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., póstuma, 1966), pp. 27-44.

(135) Actas, nota 11, sesión 100, pp. 4 y 25-27; sesión 215, pp. 4, 9 y 19-20.

Eduardo Soto Kloss: "El Derecho Administrativo Penal", *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, N°s 44-45 (diciembre de 1979-abril 1980), pp. 95 y 99-101.

(136) Eduardo Soto Kloss: *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), pp. 114-115.

(137) Alejandro Silva Bascuñán: II *Tratado de Derecho Constitucional* 1 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963), p. 213.

En el Estado de Derecho es inaceptable el juicio por comisiones especiales. Pero admitido el principio, fuerza es aceptar que todavía existe una diferencia entre el enunciado teórico y su vigencia práctica. Cito en tal sentido la autotutela o falta de control sobre la Administración con poderes discrecionales que son, en substancia, jurisdiccionales de preferencia en el ámbito sancionador. Menciono con igual intención la despenalización de la competencia del Poder Judicial, traspasándosela a la Administración con el no siempre correcto argumento de que son delitos de bagatela (138). En una y otra situación nos encontramos con funcionarios que juzgan a los administrados, sin gozar de las cualidades de imparcialidad, independencia y permanencia que poseen los tribunales creados por la ley para ese objeto. Son tales funcionarios, en síntesis, una especie de las comisiones especiales que el Poder Constituyente prohíbe crear, sin que ni la letra ni el espíritu de la disposición que contiene su mandato admita excepción o circunstancia eximente de especie alguna.

B. Examen Legal

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, es eminentemente discrecional, pues faculta al Superintendente para declarar, a su juicio, cuándo ocurren las hipótesis de hecho que nombra sin describirlas, permitiéndole implantar total o parcialmente —según el jerarca decida a su arbitrio— una o más de las prohibiciones que menciona y hacerlo, en fin, por el plazo que él estime necesario.

La ley dice que esas prohibiciones son sanciones, desde que el artículo 19 bis se encuentra dentro del Título dedicado a ellas. Esas sanciones son impuestas en sede discrecional y administrativa, sin ninguna oportunidad de defensa por los afectados. La infracción a dichas prohibiciones-sanciones acarrea penas de presidio, conjuntamente con la responsabilidad civil que figura en el artículo 20 del cuerpo legal citado.

Escrito está que para configurar las prohibiciones-sanciones el Superintendente goza de máxima discrecionalidad, sin directivas legales que encuadren sus decisiones. Y esa discrecionalidad es, asimismo, jurisdiccional cuando menos por dos razones. Desde luego, en atención a que el jerarca administrativo resuelve tanto sobre la libertad de trabajo de los directores y personal ejecutivo superior de las instituciones intervenidas como acerca de los atributos y facultades esenciales del dominio de éstas y de sus accionistas. Y en seguida, porque irrumpe en la médula de la jurisdicción al declarar el Decreto Ley que la facultad de fiscalizar comprende también la de aplicar e interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas (139), sin que al respecto rija el trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República (140), institución a la que hoy le cabe pronunciarse sólo sobre el examen de las cuentas de los gastos hechos por la Superintendencia (141).

Ninguna vacilación siente el informante para aseverar que el marco legal descrito erige al jerarca administrativo en una comisión especial prohibida por la Constitución. Ello es así porque aplicando el artículo 19 bis y las demás normas conexas, él juzga a los bancos

(138) Enrique Cury Urzúa: "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", *Boletín* citado en nota 135 p. 93; Eduardo Novoa Monreal: *I Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), p. 37.

(139) Decreto Ley N° 1.097, de 1975, artículo 12, inciso 2°.

(140) El artículo 18, inciso 2° del Decreto Ley N° 1.097, cit. se remite al artículo 427 del Código de Comercio, precepto éste derogado por el artículo 145 de la Ley N° 18.046, de 1981.

(141) Decreto Ley N° 1.097, cit., artículos 11 y 25.

y entidades financieras, a sus directores, accionistas, gerentes, administradores o apoderados, aplicándoles discrecionalmente prohibiciones-sanciones que, según los casos, los afectan patrimonial y/o personalmente, quedando todo lo obrado en el dominio de su autotutela. Y el Superintendente juzga sin ser un tribunal imparcial, independiente y permanente creado por la ley. El es, por el contrario, juez y parte de una causa suya y que el Legislador, sin embargo, ha sustraído de los tribunales. A éstos, como se verá, la ley les encomienda sólo el juicio criminal, construido sobre la base de lo obrado por el Superintendente y con la circunstancia agravante de una presunción de derecho en contra de los afectados.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, reforzado por otras normas discrecionales como él, vulnera el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución, porque erige al Superintendente en una comisión especial que juzga, sobre la base de los presupuestos de hecho que la misma autoridad declara, a los bancos, entidades financieras, directores, accionistas y personal que nombra, afectando, entre otros derechos que la Ley Fundamental les asegura, su libertad de trabajo, los atributos y facultades esenciales del dominio, la igual protección de la ley y, específicamente, el derecho a ser juzgados por el tribunal que les señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. En defensa de la Constitución y consecuente con lo demostrado, el artículo 19 bis debe ser declarado inaplicable y acogida la acción protectora que se deduzca en contra de los actos administrativos que intenten llevarlo a la práctica o que así lo hagan de hecho. A la solución expuesta sólo cabe agregar la previa derogación o reforma substancial del precepto examinado para adecuarlo a la Constitución.

3. Proceso debido con procedimiento racional y justo

A. Análisis Constitucional

a) La Constitución asegura que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al Legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento (142).

Este derecho —como los precedentemente analizados— es una consecuencia específica y necesaria del principio cardinal de la igualdad en y ante la ley. Desde tal punto de vista, con el reconocimiento del derecho al proceso debido, el Poder Constituyente quiso asegurar la igualdad de las personas, sin distinción, ante todo órgano que ejerza jurisdicción, en el sentido de que la ley y cualquiera norma jurídica sean por ellos siempre interpretadas y aplicadas sin formular diferencias ni discriminaciones arbitrarias, es decir, irracionales o injustas (143).

El sentido y alcance de la locución “órgano que ejerza jurisdicción” debe ser explicado. Comprende ella, desde luego, a los tribunales ordinarios y especiales de toda

(142) Constitución de 1980, artículo 19, N° 3, inciso 5°.

(143) Actas, nota 11, sesión 100a, pp. 3-4, 7, 14-16 y 25; sesión 101a., pp. 2 y 25-27.

Mario Casarino: *Normas procesales de rango constitucional* (Valparaíso, EDEVAL, 1981), p. 18, caracteriza en análogos términos a la institución en estudio, al decir que en ella “ambas partes contendientes deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos”.

índole y jerarquía, pero también a las autoridades políticas, gubernamentales y administrativas —así como, en su caso, por autorización del Estado y con sujeción a los estatutos respectivos, a los representantes de las corporaciones, fundaciones y asociaciones privadas que gozan de personalidad jurídica— con facultad legal para decidir sobre la conducta o la suerte de los bienes de terceros, conociendo y comprobando los hechos, subsumiéndolos en las normas vigentes, interpretándolas y aplicándolas para ordenar, finalmente, la ejecución de lo juzgado (144). De manera que la locución aludida rebasa el marco del Poder Judicial y cubre el área mucho más vasta de lo jurisdiccional o definitorio del Derecho, sea por un órgano propiamente jurisdiccional o, importante es subrayarlo, por una autoridad que sin tener aquel carácter ejerce, sin embargo, facultad jurisdiccional como ocurre, para ser preciso, con las instituciones fiscalizadoras de la Administración. Tales instituciones, según lo ya demostrado, deben limitarse a vigilar, controlar y fiscalizar, pero nunca ejercer poderes punitivos, pues en esto les cabe proponer a los tribunales ordinarios la aplicación de las sanciones que procedan (145).

Merece igualmente ser realzado el sentido y alcance que la palabra “sentencia” tiene en la disposición analizada.

De las ideas expuestas y de las que lo serán enseguida fluye, con certeza, que la finalidad de la norma no se satisface si a esa palabra se da el significado técnico-procesal reservado sólo para los órganos jurisdiccionales. Si tan estrechamente fuera entendida la expresión, entonces sería imposible aplicarla a las autoridades con facultades jurisdiccionales, pero que no son órganos establecidos para ese objeto. Y hemos observado, empero, que la norma busca proteger a los gobernados y administrados ante cualquiera autoridad que ejerza jurisdicción de alguna manera, dentro o fuera del proceso. Coherente con ese espíritu, cabe fijar un sentido no estrictamente técnico-procesal a la voz “sentencia”, entendiendo así que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia, un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicte afectando la persona o los bienes ajenos (146).

Con relación a los requisitos del proceso y por tratarse de elementos diferentes, no es correcto confundir la legalidad positiva oficial, la racionalidad sustantiva en que ha de fundarse aquélla y el imperativo esencial de justicia que debe cumplir tal proceso. En consecuencia, esas tres condiciones tienen que reunirse copulativamente para que exista un debido proceso civil, penal, administrativo o de otra índole. Si bien es cierto que la ley es la que debe fijar los trámites del proceso, no lo es menos que siempre ha de hacerlo en forma racional y asegurando que sea sustantivamente justo. La legalidad formal del procedimiento, en otras palabras, no basta para que el proceso sea calificado de racional y justo, como tampoco añadir que la racionalidad procedimental significa que esté cumplida sin más la exigencia de justicia sustantiva. Consta en los anales fidedignos que la sola expresión “debido proceso” podría interpretarse en el sentido de que lo debido “es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley”, exégesis que sería

(144) Nicolás Pérez Serrano: *Tratado de Derecho Político* (Madrid, Civitas, 1976), pp. 407-408; Otto H. Von Der Gablentz: *Introducción a la Ciencia Político* (Barcelona, Herder, 1974), pp. 315-327; Francisco Hoyos: *El Proceso* (Santiago, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975), pp. 2, 9-10, 15-16 y 89.

(145) Actas, nota 11, sesión 101, pp. 11, 13-15, 16 y 18; sesión 384, p. 2818; sesión 388, pp. 2902-2903; sesión 394, pp. 3034-3035.
Salas Vivaldi, nota 121, p. 154.

(146) Actas, Id.

restringida y prescindente de los valores superiores a la legalidad oficial, valores a los cuales se remitió deliberadamente el Constituyente (147).

¿Qué es, entonces, lo racional y justo en el proceso?

Se propuso en la Comisión respectiva precisar dichos conceptos refiriéndolos al conjunto de los actos legalmente previstos y que han sido cumplidos con anterioridad a la sentencia, que permita oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y libre producción de la prueba que correspondiere con arreglo a la ley (148).

Pero surgieron objeciones a tal predicamento, fundadas en que sería menester no sólo definir los requisitos enunciados, con las dificultades inherentes a toda definición y la rigidez que aún la mejor de ellas siempre conlleva, sino que, además, habría que agregar otros presupuestos reputados igualmente esenciales en un debido proceso. Entre los últimos, tal imperativo cubriría la publicidad de las actuaciones, el derecho a la acción, el emplazamiento, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia (149), la facultad como regla general para interponer recursos, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos previstos en la ley y la fundamentación de las sentencias con arreglo al sistema jurídico en vigor (150).

Por tales razones, debe concluirse que todos y cada uno de los elementos mencionados son de la esencia de un proceso racional y justo, pero que ellos no agotan las exigencias de la racionalidad y justicia. Por ser limitativa quedó, precisamente, excluida la indicación de un comisionado para añadir al texto la frase "que permita, por lo menos, oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que corresponde". Y al efecto se argumentó que "cuando en un proceso esté presente alguno de esos elementos mínimos, ello podría dar motivo para sostener que el procedimiento ha sido 'racional y justo', como asimismo, que la expresión 'por lo menos', de la partida, excluye todas las demás garantías mínimas del proceso, porque si la ley dice que eso es lo menos deja de ser inconstitucional en cuanto no contemple otras" (151).

Es decir, los indicados no son siquiera los requisitos mínimos ni los únicos del proceso legal. Ellos son algunos de los supuestos que, en todo caso, exige un proceso previo a la sentencia, justo en lo sustantivo y racional en el procedimiento, tramitado conforme a la ley (152). "Racional y justo" son, en suma, las palabras con sentido clave en el proceso y su dinámico sentido excluye la idea de algo terminado. No existe freno,

(147) Id., sesión 101a., pp. 14-15; sesión 103a., pp. 6-7.

(148) Id., sesión 100a., pp. 4-5; sesión 101a., pp. 7-8, 10 y 15-16; sesión 103a., pp. 4 y 11-15.

(149) Couture, nota 134, pp. 42, 97 y 183-185, escribió que el proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantía de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho. El precepto *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte), aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea, a su nota típica de alteridad o bilateralidad. Oír a la otra parte es la expresión de lo que se denomina bilateralidad de la audiencia en las doctrinas alemana y angloamericana y lo que tal bilateralidad demanda es una razonable equiparidad o igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa. El quebratamiento del principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que se conceda a un litigante lo que se niega a otro. La infracción a la bilateralidad de la audiencia existiría cuando al actor se le permita alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado, o viceversa.

(150) Actas, nota 11, sesión 103a., pp. 11-20.

(151) Id., pp. 19-20.

(152) Id., pp. 13, 16-17.

Salas Vivaldi, nota 121, pp. 146-148.

por ende, a la evolución que la jurisprudencia ha de recoger, enriqueciendo así el procedimiento.

Siendo imposible fijar con precisión, brevedad y flexibilidad en normas constitucionales tal cúmulo de requisitos, acordó la Comisión redactar el precepto en los términos con que figura hoy en el inciso 5º del artículo 19 Nº 3º de la Ley Básica. Pero al obrar así la Comisión respectiva entendió que el Legislador, cuando establezca garantías de un racional y justo procedimiento, deberá siempre incluir los elementos anotados. Estos, cabe reiterarlo, fueron mencionados en la Comisión "a título meramente ejemplar y sin que ello constituya limitación de ninguna especie" para que, según la naturaleza y las exigencias del progreso social, el Legislador en el futuro incorpore otros que hagan cada vez más racional y justo el debido proceso y su procedimiento (153).

Es a través de la jurisprudencia y, en definitiva, la Corte Suprema mediante la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por ser inconstitucional, que se debe fijar el sentido y alcance de las garantías del proceso previo a la sentencia, racional y justo, tramitado con sujeción a la ley por todo órgano que ejerza jurisdicción (154).

Resumiendo, la Constitución de Chile reconoce a todas las personas, sin distinción, el derecho a un proceso legalmente tramitado, racional y justo, previo a la sentencia declarativa, constitutiva o de condena que pronuncien tribunales de derecho permanentes, independientes, imparciales e incorruptos. En ese proceso se deben contemplar, entre otras garantías, la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, la exclusión de la presunción de derecho en la responsabilidad penal, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legalmente previstos y la fundamentación de aquéllos en el régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural (155).

Incumbe al Legislador la permanente obligación de establecer las garantías del debido proceso, pero es la Corte Suprema la que, finalmente, decide si la ley ha cumplido o no las exigencias de racionalidad y justicia impuestas a ella por el Poder Constituyente.

b) Existe jurisprudencia reciente de nuestros tribunales sobre el tópico en estudio y los demás conexos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, de todos los cuales proporciono aquí una visión sinóptica.

Así, se ha fallado que "entre las garantías que (la Ley Fundamental) asegura a los ciudadanos figura, por ejemplo, la de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Si se pretendiera enjuiciar a alguien por comisiones especiales el recurso de protección lo ampara, con el objeto de que sea juzgado por el tribunal establecido con anterioridad, y con arreglo a la competencia que a éste le asigne la ley" (156).

(153) Id., pp. 16 y 19-20.

(154) Id., sesión 101, pp. 14-15; sesión 103, pp. 13 y 16-17.

(155) Cea Egaña, nota 120, p. 78.

(156) Corte Suprema, Rol 14.646, sentencia del 25 de noviembre de 1980, Rojas Bascur con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 13.

Se ha resuelto también que las facultades de una autoridad pública y las judiciales “no son contradictorias, sino complementarias, como lo son las de todas las autoridades y personas en relación con la judicatura: todas pueden ser compelidas a presentarse ante la Justicia por actos facultativos o reglados” (157).

En igual sentido cabe citar la sentencia según la cual “en el ejercicio de esta gestión puede (la autoridad pública autónoma) afectar derechos de terceros que están garantizados por las leyes, y aun por la Constitución, en cuyo evento se produce un conflicto, y ese negocio, por mandato expreso del ordenamiento jurídico vigente, corresponde juzgarlo a los tribunales de justicia, acorde a la norma prevista en el artículo 5º del Código Orgánico, por manera que no puede discutirse que esta Corte carezca de jurisdicción” (158).

Pertinente es también el veredicto en donde se sostiene que “es obvio que en el presente caso no puede estimarse que la situación haya sido resuelta por el funcionario bajo el imperio de la legalidad ni del derecho (justicia), porque de los antecedentes que se examinan resulta precisamente que encontrándose el asunto bajo la decisión del Director Regional con una doble cualidad de juez y parte en que, obviamente, el sentido de la ecuanimidad debía ser mayor, se han producido transgresiones legales y en actuaciones originadas en el mero arbitrio es un proceder contrario a derecho” (159).

En otro fallo se afirmó que “todos los organismos, sean éstos judiciales o administrativos, tienen un procedimiento para hacer llegar a los interesados las resoluciones que se dicten y no es aceptable la excusa de conocimiento tácito para dar por notificada una resolución o decreto de la gravedad del que motiva este recurso”. En el mismo fallo se lee más adelante que los hechos señalados “deben ser comprobados y para comprobarlos por lo menos debió incoarse un sumario interno que pudiera revestir en su medida carácter de seriedad y ponderación propios de un Instituto Superior” (160).

Citaré, asimismo, la sentencia que califica de ilegítimo en cuanto a su causa o motivo un acto administrativo reglado que ordenó un cobro tributario y en la que se declara, además, “la manifiesta ilegalidad en el procedimiento que, fuera de ser totalmente inaplicable, se llevaría a efecto ante organismos inhabilitados, si se tiene presente que consiste en una reclamación ante el mismo funcionario que sostiene la legitimidad de dicho cobro y en una apelación ante el Jefe Superior del Servicio de Aduana, que es el funcionario que ordenó el mismo cobro” (161).

-
- (157) Corte Suprema, Rol 14.646, sentencia del 25 de noviembre de 1980, Rojas Bascur con Universidad de Concepción, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 5º, c) *LXXVII Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S. 1a., pp. 109-111.
- (158) Corte Suprema, Rol 14.779, sentencia del 2 de julio de 1981, Morales Henríquez y otro, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 2º. *Fallos del Mes* N° 272 (julio 1981), pp. 254-259.
- (159) Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 28 de noviembre de 1980. Abogados. Consultores de Empresas con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos VIII Región. Recurso de Protección. Civil *LXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S.5a. p. 13, Considerando 43º.
- (160) Corte Suprema, Rol 14.606, sentencia del 28 de octubre de 1980, Aída Cerro Saavedra. Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 9º y 22º, *Fallos del Mes* N° 263 (octubre 1980), pp. 339 y 342.
- (161) Corte Suprema, Rol 14.687, sentencia de 14 de enero de 1981, Cobre Cerrillos S.A. con Director Regional de Aduanas V Región. Recurso de Protección. Apelación Civil. *LXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S. 5a. p. 57, Considerando 15º.

Finalmente, cabe recordar el fallo según el cual, "si bien el artículo 12 del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, atribuye a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la facultad de interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas, esta interpretación es, en todo caso, administrativa y obliga a los Bancos e Instituciones Financieras en sus relaciones con la Superintendencia y los particulares, pero no puede imponerse a los Tribunales de Justicia en las causas particulares de que conozcan, ya que éstos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 80 de la Constitución Política del Estado y 1º del Código Orgánico de Tribunales, son soberanos para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, comprendiéndose en el juzgamiento la facultad de interpretar las leyes con el objeto de resolver un conflicto, sin que ningún otro criterio, que no sea la ley misma, pueda intervenir en dicha interpretación" (162).

B. Examen Legal

El Decreto Ley N° 1.097 faculta al Superintendente para amonestar, censurar o penar con multa a las instituciones fiscalizadas que infrinjan la ley que las rige, sus leyes orgánicas, estatutos u órdenes legalmente impartidas por dicho funcionario (163). Todas las multas aludidas son impuestas administrativamente por el Superintendente y las instituciones afectadas pueden reclamar de ellas ante las Cortes de Apelaciones, dentro del plazo, con los requisitos y según el procedimiento previsto al efecto en el mismo cuerpo legal (164).

No ocurre lo mismo cuando el jerarca administrativo resuelve discrecionalmente aplicar las facultades que le otorga el artículo 19 bis. En este caso, ningún afectado puede reclamar de nada ante nadie, quedando en absoluta desprotección frente a la decisión administrativa. Ni la instancia de gracia, como lo he destacado, aparece regulada en el Decreto Ley citado. Y aquí, la desprotección es completa, porque incluso la interpretación y aplicación de todas las normas jurídicas correspondientes queda entregada a la exclusiva y contingente prudencia del Superintendente. Este ejerce, por ende, jurisdicción sancionadora respecto a los bancos y entidades financieras que, a su juicio, han incurrido en alguna de las hipótesis aludidas en el artículo 19 bis. Para que así actúe basta su sola voluntad, sin procedimiento bilateral regulado en general por la ley, omitiendo ésta la posibilidad de reclamo y no exigiendo tampoco la comprobación objetiva de los supuestos de hecho de la punibilidad. En suma, el Superintendente ejerce jurisdicción en calidad de comisión especial, y con desconocimiento de las garantías de un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo en los trámites respectivos. Es casi ocioso decir que no se encuentra en el artículo 19 bis ninguno de los requisitos que la historia fidedigna registra para que exista un debido proceso.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis viola el artículo 19 N° 3 incisos 1º, 2º, 4º y, específicamente, el inciso 5º de la Constitución, porque delega en el Superintendente poderes jurisdiccionales punitivos para que, más todavía, los ejerza discrecionalmente, de manera que la resolución

(162) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 27 de enero de 1981, Banco de Santiago con Servicio de Impuestos Internos. Recurso de Protección. Civil. LXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S. p. 29, Considerando 14º.

(163) Decreto Ley N° 1.097, artículo 19.

(164) Id., artículo 21.

que el jerarca administrativo dicte aplicando dicho artículo es la de una comisión especial que sentencia sin fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, con las garantías de un racional y justo procedimiento. En defensa de la Constitución el artículo 19 bis debe, consiguientemente, ser declarado inaplicable. Los tribunales ordinarios, asimismo, tienen en la especie que corroborar su jurisprudencia, acogiendo el recurso de protección que se intente contra el acto administrativo que cumpla o intente ejecutar el contenido inconstitucional del precepto legal tachado. La alternativa es derogar este precepto o reformarlo hasta el punto que reconozca la efectiva protección de los derechos que tienen las instituciones a las que se refiere.

4. Prohibición de la presunción de derecho penal

A. Análisis Constitucional

a) La Constitución asegura que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal (165).

Es inherente a la dignidad de la persona acusada de un acto delictivo que se presuma su inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente establecida en un proceso público, donde se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (166). En tal principio se inspira el precepto constitucional en análisis y su sentido, con sujeción a la historia fidedigna, no es otro que reconocer el derecho que toda persona tiene "a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal" (167).

Aunque el concepto de presunción es el mismo en materia civil y penal (168), nuestra legislación la define para el juicio criminal diciendo que "es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona" (169).

Si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama **legal**, permitiéndose probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley (170). Pero si una cosa, según la expresión de la ley, se presume **de derecho**, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias (171).

La regla general es que la culpabilidad debe probarse sin ser presumida, porque no es la persona la obligada a asumir el peso de la evidencia sino quien alega, bien las obligaciones o infracciones, bien su extinción (172).

(165) Constitución de 1980, artículo 19, N° 3, inciso 6°.

(166) *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, artículo 11, párrafo 1°.

(167) Actas, nota 11, sesión 124, pp. 16-17.

(168) Rafael Fontecilla Riquelme: *II Tratado de Derecho Procesal Penal*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2a. ed., 1978) p. 362.

(169) Código de Procedimiento Penal, artículo 485.

(170) Código Civil, artículo 47, incisos 2° y 3°. Énfasis en el original.

(171) *Id.*, inciso final. Énfasis en el original.

(172) Código Civil, artículo 1698, inciso 1°.

Con relación al proceso penal, innecesario es declarar tal supuesto, porque él está entre los requisitos de la igual protección de la ley en un debido proceso (173). Y ese supuesto o requisito debe ser observado no sólo en la judicatura del crimen sino que, con idéntico mérito, por todo órgano que ejerza jurisdicción, incluyendo a las autoridades administrativas con facultades sancionadoras (174).

La ley penal puede invertir la carga probatoria pero con la condición de reconocer al afectado el derecho a demostrar lo contrario de lo que ella presume. No hay, en consecuencia, lugar para las presunciones de derecho de la culpabilidad ni de la responsabilidad criminal. Y aunque no son sinónimos estos últimos vocablos, ya que la culpabilidad se examina antes de la responsabilidad, la proscripción constitucional que comentamos rige en ambos casos. Esto se vuelve particularmente claro si la presunción de derecho que de tal culpabilidad una ley efectúa lleva, inevitablemente, a la aludida responsabilidad, evento en el cual fuerza es entender que el precepto legal respectivo viola la prohibición fundamental. En suma, sólo la conducta voluntaria, típica, antijurídica y culpable puede irrogar responsabilidad penal y en ninguno de esos cuatro elementos del delito caben las presunciones de derecho de tal responsabilidad (175). Sostener lo contrario conduciría a la desprotección de los derechos tanto como a la infracción a una base del proceso justo, garantías que hemos demostrado nuestra Constitución asegura a todas las personas, sin excepción ni distinción.

Las presunciones no constituyen en sí el delito sino que lo revelan, pues el hecho o indicio que sirve para indicar otro hecho necesita siempre de prueba. Por lo que es una cuestión previa la de constatar legalmente la existencia del hecho en que la presunción se funda, a fin de discutir después su eficacia lógica como indicio. Los hechos tienen entonces que ser conocidos, reales y probados, no pudiendo ellos ser presumidos (176). Es decir, siempre han de ser acreditados los hechos y, con base en ese presupuesto, puede la ley declarar que se presume —nunca de derecho— la responsabilidad penal (177). Pero si un precepto legal presume por y en sí los hechos mismos así como las consecuencias delictivas de ellos, entonces no hay duda que configura una presunción de derecho que es inconciliable con la Constitución.

b) Diversas sentencias de nuestros tribunales confirman la naturaleza de la cosa en materia de presunciones.

Así, se ha fallado que “la prueba de presunciones sólo es eficaz si descansa en hechos reales y plenamente probados, pues así serán ellos **conocidos**, como exige que lo sean el artículo 47 del Código Civil” (178).

Y, en segundo término, la Corte Suprema ha decidido que las presunciones de derecho no necesitan de palabras sacramentales. En efecto, “las expresiones **se reputa, se**

(173) Actas, sesión 122, pp. 31-32; sesión 123, pp. 5-6, 10 y 12; sesión 124, pp. 13-14.

(174) Id., sesión 124, pp. 6 y 16.

(175) Id., sesión 123, pp. 7, 9-11 y 19-23; sesión 124 pp. 8, 11-13 y 15-17.

Enrique Cury Urzúa: *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), p. 81.

(176) Código de Procedimiento Penal, artículo 488, N° 1. Fontecilla, nota 168. pp. 362-366. Consultar en abono de lo expuesto los fallos extractados en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. II Código de Procedimiento Penal*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981), pp. 190 y 201.

(177) Actas, nota 11, sesión 124, p. 15.

(178) Doctrina sustentada en la sentencia que cita el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. I Código Civil*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968), p. 116. Énfasis en el original.

entenderá, se considerarán y otras semejantes que usan las leyes declaran la voluntad del Legislador; de suerte que excluyen la prueba contraria porque los hechos a que se refieren no pueden entenderse de otra manera que como los ha entendido el Legislador, **a menos que él mismo haya permitido expresamente la prueba**, como sucede en los casos de los artículos 180, 1942, 1791, etc., del Código Civil" (179).

B. Examen Legal

El artículo 19 bis en su inciso 1º declara: "Se entenderá en todo caso que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución". A su vez, el inciso 2º del mismo artículo establece que la institución bancaria o financiera quedará, en tal caso, sujeta a siete prohibiciones que enumera. Por último, en el inciso 3º del mismo precepto legal se lee que, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20, los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos en el inciso anterior, serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo".

Cuando la ley dice que "se entenderá en todo caso que la administración es deficiente" significa que en ningún caso permite demostrar que dicha administración es eficiente. En otras palabras, el artículo 19 bis presume de derecho, sin que admita prueba en contrario, que las empresas bancarias y financieras con créditos concentrados son administradas deficientemente, aunque los hechos reales y comprobados establezcan lo inverso. Y repárese en la imprecisión de los conceptos "haya concentrado créditos", "vinculadas directamente o a través de terceros" y "gestión de la institución".

De manera que, sin usar palabras sacramentales, el Legislador ha configurado una presunción de derecho que sirve dos propósitos: uno, imponer las siete prohibiciones en conjunto; otro, el presidio menor en sus grados medio a máximo para los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de dichos actos prohibidos.

Imposible resulta conciliar la presunción de derecho del artículo 19 bis con la proscripción que la Ley Fundamental hizo de tal tipo de presunciones. Pues, mientras la Constitución las prohíbe en el ámbito penal, el precepto legal citado establece una presunción de derecho muy clara, precisamente en ese ámbito. No hay duda, en consecuencia, que el artículo 19 bis está en pugna con la Carta.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis en los incisos 2º, 3º y 4º vulnera el artículo 19 N° 3 inciso 6º de la Ley Fundamental, porque presume de derecho la culpabilidad y responsabilidad criminal en circunstancias que ello está prohibido por la Constitución. Procede por tal razón que se declare la pertinente inaplicabilidad, sin perjuicio de las demás defensas que nuestro ordenamiento jurídico contempla, en especial con el fin de protegerse de los actos administrativos. La derogación o reforma del precepto legal examinado es la única alternativa a las soluciones indicadas.

(179) Doctrina sustentada en las dos sentencias que cita el Repertorio, nota 178, pp. 116-117. Énfasis en el original.

5. Principio de Reserva y Ley Penal en Blanco

A) La Constitución asegura en favor de todas las personas que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado (180), como asimismo, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (181).

La conjugación de los derechos referidos se conoce en doctrina como el principio de reserva, legalidad o garantía contra la arbitrariedad (182). Esta surge con singular peligro por el crecimiento de los poderes discrecionales de la burocracia pública, caracterizada en no pocos Estados por la despenalización de la jurisdicción ordinaria y no por privar a la Administración de facultades punitivas o de cuasi legislador con leyes penales en blanco o abiertas (183).

El principio de reserva es respetado cuando el Legislador cumple los requisitos sustantivos y procesales que la Constitución contempla al efecto. Son exigencias procesales las ya examinadas a propósito de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y en cuanto inciden en el derecho a asesoría y defensa jurídica, el juicio por los tribunales que la ley señala y que ella ha establecido de antemano con tal objeto, el debido proceso con garantías de racional y justo procedimiento, en fin, la proscripción de las presunciones de derecho en la responsabilidad criminal. Son, en cambio, exigencias sustantivas las de que no hay delito de especie alguna ni sanción o pena sin ley escrita, previa y estricta (184).

En suma, para nuestra Constitución el Principio de Reserva significa que no hay juicio, conducta punible, sanción, responsabilidad ni condena sin que se haya con antelación formado regularmente una ley, carente de todo efecto retroactivo que no sea el de favorecer al afectado y cuya interpretación jamás se haga extensiva o analógicamente (185).

Debo circunscribir mi análisis a aquel requisito sustantivo del principio de reserva según el cual no hay delito sin ley escrita, previa y estricta, puesto que es el único que suscita problemas en el asunto que me ha sido planteado.

Revisando la historia fidedigna constatamos que el precepto en cuestión obedece a una finalidad indiscutible, pero que su texto en vigor difiere del incluido en el Anteproyecto pertinente.

En efecto, "la prohibición de que el Legislador establezca penas sin que la conducta que se sanciona esté descrita de un modo claro y completo en la ley, tiene por objeto evitar que se dicten las llamadas "leyes penales en blanco", en que las conductas que se castigan quedan entregadas, a veces, a la determinación de organismos administrativos" (186). Porque la intención de los comisionados era eliminar tales leyes, por los peligros de abusos y arbitrariedades que conllevan, como asimismo, habida consideración de que ese

(180) Constitución de 1980, artículo 19, N° 3, inciso 7°.

(181) Id., inciso 8° y final.

(182) Luis Cousiño Mac-Iver: *I Derecho Penal Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975), p. 83.

(183) Cury, nota 138, pp. 88 y 93.

(184) Cousiño, nota 182, p. 82; Cury, nota 175, p. 125.

(185) Cousiño, nota 182, p. 82; Cury, nota 175, pp. 125-126.

(186) Informe, nota 6, p. 188.

tipo de preceptos era incompatible con la nueva doctrina institucional sobre el Orden Público Económico, caracterizada por la defensa de la esencia de los derechos y su libre ejercicio, recortando para ello la soberanía legislativa y, más severamente, la discrecionalidad funcionaria (187).

En armonía con lo expuesto, las sanciones por infracción a las normas administrativas en materia económica tenían que ser exclusivamente pecuniarias y si la ley, además, contemplaba otros castigos, éstos serían impuestos por los tribunales en un debido proceso, a sugerencia de los entes fiscalizadores que carecerían de facultad punitiva (188). Pero para que el asunto se radicara en la sede judicial, el Legislador tenía que efectuar una tipificación previa y precisa del delito, o sea, configurarlo o definirlo completamente en la misma ley (189). Por tales razones, la Comisión acordó que la conducta que se sancionara estuviera descrita en forma expresa y completa en la ley, de modo que no cupieran reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno o Administración para desarrollarla, porque la ley penal debe bastarse a sí misma, y, si no es así, entonces no hay delito ni pena (190).

Fundada en las razones expuestas propuso la Comisión en su Anteproyecto la siguiente redacción para la norma: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella" (191). Dicha redacción fue aprobada sin modificaciones por el Consejo de Estado (192). Empero, la Junta de Gobierno modificó el proyecto, dejándolo con el texto que fue aprobado plebiscitariamente y que es el vigente hoy.

¿Se quiso con la alteración explicada modificar la finalidad que a la norma asignó la Comisión o, por el contrario, se trata de una corrección lingüística que no cambia la sustancia de ella?

Para responder, útil es puntualizar que no han sido oficialmente difundidas las razones que la Junta de Gobierno tuvo para suprimir la palabra y conjunción "completa y" en el texto que le fue propuesto. A pesar de ello, considero posible dilucidar la cuestión siguiendo el principio de hermenéutica que prohíbe suponer que una regla constitucional está de más (193). Es decir, la supresión aludida tiene sentido, pero no es la grullada de declarar inútilmente lo obvio y que nadie discute en el principio de reserva, a saber, que no hay delito sin ley expresa. Por ende, tan insostenible es la interpretación que adjudica el vicio de inservible, superfluo o redundante al precepto, porque reconocería lo que nadie desconoce, como la que quita todo significado a la eliminación de una parte de su primitivo texto.

Sabido es que la norma jurídica tiene dos elementos: el supuesto o previsión de hechos o conductas y la consecuencia o efectos que le asigna al cumplimiento del

(187) Actas, nota 11, sesión 113, pp. 4-7, 9-10 y 12; sesión 384, pp. 2828-2829; sesión 399, pp. 3149-3150.

(188) Id., sesión 384, p. 2819; sesión 388, pp. 2902-2903; sesión 394, p. 3035; sesión 399, pp. 3149-3151.

(189) Id., sesión 399, pp. 3150-3151.

(190) Id., p. 3151.

(191) Informe, nota 6, p. 324.

(192) Artículo 19, N^o 3, inciso final del "Proyecto de Nueva Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado", reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho*, N^{os} 1-6 (enero-diciembre 1981), p. 427.

(193) Linares Quintana, nota 8, p. 666.

supuesto. En el derecho penal, el principio de reserva exige que ambos elementos los construya el Legislador, pero no siempre ocurre así. Porque la ley penal es "cerrada" cuando describe expresa y completamente el tipo o conducta que prohíbe y fija la sanción precisa aplicable a quienes la infrinjan. Y la ley es "abierta" o en blanco si determina la sanción y la conducta a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la definición concreta de éstos a una norma distinta (194). A su vez, la ley penal en blanco es "propia" cuando la facultad de completar la sanción bosquejada por ella se delega en una autoridad de inferior jerarquía, generalmente la Administración, llamándose "impropia" si ese poder permanece en el Legislador, pero que lo ejercita dictando otro precepto al cual se remite la norma abierta (195).

En resumen, la ley penal en blanco clásica es "abierta" en el tipo y "propia" por la facultad que confiere a la Administración para que lo llene. Dicha ley es incompleta desde que fija la sanción, dejando a una norma jurídica inferior la misión de completar la determinación de la conducta punible que ella describe sólo en su núcleo o esencia (196).

El problema radica, entonces, en el mayor o menor grado de descripción legal del tipo o conjunto de características abstractas que constituyen la prohibición para cada delito (197). Pese a lo relativo de tal criterio, él sirve para calificar como contraria al principio de reserva una ley penal en blanco que describe la hipótesis delictual de manera formal y sin contenido específico alguno o impreciso (198).

A la luz de lo expuesto cabe examinar el precepto constitucional que nos preocupa. La finalidad, como ya vimos, fue eliminar las leyes penales en blanco, pero ese propósito no puede sostenerse al tenor del texto vigente. Tampoco es correcto aseverar que el mérito del precepto está en prohibir al Legislador el establecimiento de penas sin expresar la conducta que sanciona. En opinión del informante, la solución correcta está entre los extremos aludidos y ella gira en torno al significado de la palabra "descrita" que la Constitución emplea.

No ha sido definido ese término por el Legislador ni por la dogmática jurídica, de manera que ha de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma palabra (199). Desde tal ángulo, describir es figurar una cosa de modo que dé cabal idea de ella, explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias, definiéndola en general por sus propiedades (200).

Aplicado lo anterior al precepto en análisis tenemos que la Constitución exige que la conducta que se sanciona, es decir, el tipo, esté de antemano expresa y claramente figurado en la ley, por medio de la explicación que ella misma haga de sus cualidades y circunstancias definitorias. De manera que la Carta es exigente y no se cumple su prohibición si el Legislador entiende que describir la conducta punible es sólo nombrarla, sin precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable.

(194) Cousiño, nota 182, pp. 84-85; Cury, nota 175, pp. 135-136 y 229.

(195) Cousiño, nota 182, pp. 84 y 87-88; Cury, nota 175, pp. 133-134; Novoa, nota 138, pp. 120-121.

(196) Alfredo Etcheberry: *I Derecho Penal* (Santiago, Gibbs, 1964, pp. 64-65).

(197) Cury, nota 175, p. 229.

(198) Etcheberry, nota 196, p. 66.

(199) Código Civil, artículos 20 y 21.

(200) Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Espasa-Calpe, 1970), p. 448.

Por ende, aunque la Constitución no ha excluido la posibilidad de aprobar una ley penal en blanco, sí ha prohibido leyes abiertas con enunciados o bosquejos ambiguos, configurados en concreto discrecionalmente por la Administración y sin la publicidad de las leyes. Y la interpretación del texto constitucional debe ser severa en requerir el cumplimiento de la descripción precisa del tipo por el Legislador, rechazando toda delegación de sus facultades en la Administración (201), como asimismo, colocar elementos normativos del tipo en el terreno de la discreción y omitir la publicación de los actos administrativos correspondientes en el Diario Oficial (202).

b) El examen de nuestra jurisprudencia permite sostener que ella ha reconocido la validez de las leyes en blanco, aunque no hay fallos que se pronuncien sobre el artículo 19 N° 3 inciso final de la nueva Constitución.

Así, por ejemplo, una sentencia declaró que el artículo 3° de la Ley N° 15.192, llamada "Ley del Oro" (203), era una ley penal en blanco, cuyo complemento está entregado a una autoridad diversa del Poder Legislativo, como es el Banco Central, que genera en parte la norma que crea el tipo delictivo concreto y transforma en antijurídicos actos que sin ella serían naturalmente permitidos. Agrega el fallo que los acuerdos del Banco Central o de su Comité Ejecutivo son actos de administración emanados de un ente autónomo, "dotado de potestad reglamentaria especial, porque el Legislador lo ha facultado para dictar reglas de aplicación general en relación con ciertas materias". En este sentido, tiene validez legal y administrativamente surten efectos inmediatos. Pero considerándolos como parte integrante de disposiciones penales, para que tengan validez en este aspecto es preciso que cumplan las exigencias de publicidad comunes a toda ley (artículos 6°, 7° y 8° del Código Civil) y todo decreto que contenga disposiciones generales que afectan a particulares (D.S. 240, del 15 de mayo de 1942). "Esta publicidad tiene por objeto no sólo hacer conocida de todos los ciudadanos la existencia y contenido de las normas jurídicas, sino también sus términos auténticos a las autoridades que deben aplicarlas. Este último requisito no se puede cumplir sino mediante la publicación en el Diario Oficial que es el único órgano que está ligado a la fe pública en lo relativo al texto de las normas de aplicación general obligatoria...". Y esta exigencia, continúa el fallo, es aplicable a los acuerdos del Banco Central que complementan la Ley 15.192, "tanto por emanar de una autoridad en la cual se ha delegado la potestad de complementar la ley penal, cuanto en virtud de la naturaleza misma de ésta, así como por su carácter de acto administrativo elaborador de reglas de orden público y de aplicación general que afectan a los particulares, dictados en uso de una potestad reglamentaria especial". Ni las circulares ni las publicaciones de prensa son medios suficientemente auténticos de publicidad, especialmente si se considera que tales acuerdos van a erigir en delictivas conductas que de otro modo no lo serían, con penas corporales. Por último, debe considerarse que tales normas tienen también como destinatario al Poder Judicial, encargado de aplicar la ley penal, el cual necesita conocer dichas disposiciones por un medio que garantice su autenticidad (204).

(201) Constitución de 1980, artículo 6°, 7°, 19, N° 26 y 61, incisos 2° y 3°.

(202) Cury, nota 175, p. 140.

(203) El artículo 3° de la Ley N° 15.192, de 1963, se encuentra hoy en el artículo 24 del D.F.L. N° 471, del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 1977.

(204) Corte de Apelaciones de Santiago, contra Mario Rojas y otros, LX *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2° P.S. 4°, pp. 288 y siguientes. Véase además el fallo publicado en el tomo LXIV de la misma Revista, 2° P.S. 4ª pp. 84 y siguientes. (Continúa pág. siguiente).

B. Examen Legal

Cuando a juicio del Superintendente —establece el artículo 19 bis— la situación de una institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente se le podrán prohibir, total o parcialmente, uno o más de los actos que el mismo precepto indica por el plazo que el jerarca administrativo estime necesario, presumiéndose que en todo caso la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a las personas que indica. Prosigue la norma declarando que, en tales casos, la institución afectada quedará sujeta a las siete prohibiciones que enumera, entre las cuales sólo la primera se refiere expresamente a la concentración crediticia mientras las restantes alcanzan a esa hipótesis y a otras que pueden ser ajenas a tal concentración. La disposición señala que los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los siete actos prohibidos a que se hizo mención, serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Fluye de lo expuesto que la estructura del artículo 19 bis es la siguiente:

1º Resolución discrecional del Superintendente declarando que una institución fiscalizada presenta inestabilidad financiera o administración deficiente, presumiéndose de derecho esta última cuando exista concentración crediticia;

2.º Resolución discrecional de la misma autoridad —que puede o no integrar el acto administrativo anterior— imponiendo por lapso indefinido, total o parcialmente, una o más de las siete prohibiciones, teniendo que entenderse en todo caso establecida por la ley la prohibición fundada en la concentración crediticia;

3º Actitud de los directores, gerentes, administradores o apoderados de la institución afectada ante la(s) prohibición(es) aludidas, siendo conveniente distinguir al respecto dos situaciones: A) Cumplimiento por dichas personas de la resolución prohibitiva pertinente, quedando comprendida en esta alternativa la realización de uno o más de los actos prohibidos cuando los haya autorizado discrecionalmente y por escrito el Superintendente, permiso que si bien la ley no precisa ha de entenderse previo a tal realización; y B) Incumplimiento por las mismas personas de la resolución prohibitiva al haber acordado, ejecutado o hecho ejecutar cualquiera de los actos prohibidos, sin autorización escrita, discrecional y previa del Superintendente.

4º Denuncia o querrela ante la justicia ordinaria para que sancione con presidio a los infractores de la resolución prohibitiva o del alzamiento que de ella haya concedido el jerarca, evento en el cual si dicha resolución había declarado la concentración crediticia se presume de derecho la culpabilidad y responsabilidad criminal, condenándose a los infractores sin que puedan demostrar su inocencia, quedando restringida la jurisdicción a graduar la pena en función sólo de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran en el caso.

Para un análisis de la Jurisprudencia en este tópico consultar Fernando Coloma Reyes: "Concepto de Cambios Internacionales. Atribuciones del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile. Naturaleza jurídica de los acuerdos adoptados por este organismo", II *Estudios Jurídicos* N° 2 (julio 1972), pp. 15 y siguientes, como asimismo, Alfredo Etcheberry: I *El Derecho Penal en la Jurisprudencia* (Concepción, Samuel Muñoz Vera, editor, 1966), pp. 18 y siguientes y del mismo autor "Las Normas del Banco Central de Chile sobre operaciones de cambios internacionales: Recursos, infracciones y sanciones", II *Estudios Jurídicos*, N° 2 (julio 1972), pp. 63 y siguientes.

Despréndese de lo explicado que la ley no define los conceptos de “inestabilidad financiera” y “administración deficiente”, sin que tampoco bosqueje siquiera sumarios parámetros rectores que la Administración esté en la obligación de seguir para configurar en concreto tan ambiguos y formales conceptos.

Se sigue igualmente de lo demostrado que la ley no exige al Superintendente probar previa, objetiva y fehacientemente la ocurrencia efectiva de los hechos que determinan su declaración de inestabilidad financiera o administración deficiente. Esto significa que dicho funcionario puede suponer, a su juicio exclusivo, no sólo los hechos sino que también extraer las consecuencias jurídicas que la ley asigna a ellos.

Fluye de lo expuesto, en tercer lugar, que la presunción de derecho punitiva opera sobre la base de la concentración de créditos, concepto tampoco definido jurídicamente, pues el artículo 84 del D.F.L. N^o 252, de 1960 y sus reformas, versa sobre limitaciones que la ley no las describe ni califica como concentraciones crediticias.

Se infiere de nuestro examen, en seguida, que la ley no exige publicidad oficial para que la resolución sancionadora surta, sin más trámite, todos sus efectos.

Se deduce, en quinto lugar que esa presunción de derecho acarrea la responsabilidad criminal, a pesar que los hechos en que se debe fundar no estén comprobados.

Colígese de lo explicado, además, que la discrecionalidad administrativa se da, entre otros aspectos, en la apreciación de la situación económica de las entidades fiscalizadas, en la definición y declaración de inestabilidad financiera o administración deficiente, en la configuración del sentido y alcance de cada una de las prohibiciones, en la prohibición total o parcial de uno, más o todos los actos prohibidos, en la mantención de las prohibiciones por el plazo que se estime necesario y en el alzamiento o no de proscipciones impuestas por el Superintendente.

Ahora bien, en el artículo 19 bis el tipo o conducta prohibida y sancionada por ser delito consiste en que los directores, gerentes, administradores o apoderados acuerden, ejecuten o hagan ejecutar, total o parcialmente, cualquiera de las siete categorías de actos prohibidos, sin autorización escrita y previa del Superintendente. Se trata, en consecuencia, de un delito formal, pues para que la conducta sea tipificada no se requiere la existencia de un perjuicio u otro resultado distinto de la mera infracción a uno o más de los actos genéricamente prohibidos.

Sin embargo, el tipo propiamente tal es complejo. En efecto, él se halla estructurado, en primer lugar, por el elemento normativo consistente en la resolución administrativa que declara a una institución fiscalizada en inestabilidad financiera o administración deficiente, fijándole una o más de las siete prohibiciones y, en segundo lugar, por la infracción en que las personas nombradas incurran respecto del elemento normativo. El tipo en otras palabras, no es sólo la infracción a dicho elemento, pues éste forma parte de la estructura misma del tipo, desde que suprimido hipotéticamente no existiría conducta punible.

Es de suma relevancia subrayar esta conjugación de elementos típicos porque, aparentemente, el Legislador quiso desconectar el elemento normativo de su consecuencia —prohibición, a fin de así dejar en la sede administrativo-discrecional toda la configuración de los supuestos fácticos y, además, salvar la inconstitucionalidad de omitir la descripción expresa de la conducta que sanciona. Si no se impugna este subterfugio, claro que entonces podría alegarse que la ley habría respetado a la Constitución, desde que su descripción de las prohibiciones —aunque ambigua y genérica— podría entenderse suficientemente caracterizadora de ellas. Pero sí, al contrario, se impugna tal resquicio

sobre la base de que el artículo 19 bis presenta un tipo complejo, cuyos elementos estructurales no pueden ser desconectados, entonces surge con claridad el vicio esencial de que adolece tal precepto, porque la descripción legal ha sido hecha sólo para las prohibiciones, no determinando en su esencia los supuestos fácticos que autorizan la imposición de ellas.

A la luz de estos argumentos podemos sostener que el artículo 19 bis es una ley penal en blanco propia, totalmente abierta por la indeterminación de los supuestos de hecho que nombra sin describirlos en lo mínimo, a la vez que relativamente abierta en las prohibiciones cuya imposición delega en el jerarca administrativo. Dicha disposición legal contiene un tipo complejo, formado por el elemento normativo configurado discrecionalmente con las prohibiciones que acarrea y la infracción del cual genera la responsabilidad penal. Esta surge por la adecuación de las conductas al tipo, presumiéndose de derecho que tal encuadrabilidad existe en la hipótesis de la concentración crediticia.

¿Cumple el artículo 19 bis las exigencias que la Constitución traza para que una ley penal en blanco tenga valor ante ella?

El parangón entre ese precepto y la Ley Fundamental autoriza para aseverar que el Legislador ha excedido su competencia, por las razones siguientes: Primero, pues no describió expresamente el significado de los supuestos de hecho que integran el elemento normativo del tipo (“inestabilidad financiera”, “administración deficiente” y “concentrado créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución”), limitándose a la enumeración de siete categorías de prohibiciones que forman parte de ese elemento normativo; segundo, porque entregó a la discreción administrativa la descripción que él omitió, sin formular para ello criterios rectores sustantivos, procesales y de publicidad que demarquen jurídicamente las decisiones del Superintendente; y tercero, porque estableció una presunción de derecho punitiva que opera sobre la base de conceptos no descritos expresamente y de hechos que pueden no estar objetivamente acreditados de antemano.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis contiene una ley penal en blanco que vulnera el principio de reserva del artículo 19 N^o 3 inciso final de la Constitución y debe, consecuentemente, ser declarado inaplicable. La alternativa es derogar ese precepto o, cuando menos, que él sea reformado hasta adecuarlo a la Constitución.

X. PRINCIPIO DE SUPREMACIA ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU LIBRE EJERCICIO: LIMITES A LA SOBERANIA LEGAL Y A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

A. Análisis Constitucional

a) La interpretación sistemática de todas las disposiciones constitucionales examinadas en este informe autoriza para sostener que con ellas han sido recortadas —pues, como se explicará, no puede eliminarlas por entero— la soberanía legal y la discre-

cionalidad administrativa. Es decir, soberanía y discrecionalidad quedan sometidas a la supremacía de la Constitución, cuyos preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo (205).

Explicado ha sido ya que la Constitución expresa límites, restricciones y prohibiciones al Legislador y a la Administración, frenos que no pueden ser eludidos en las leyes con el pretexto de regular o reglamentar los derechos y libertades reconocidos, como tampoco en los actos administrativos alegando la autoridad que goza de discreción. De manera que en su finalidad o espíritu, no menos que en la letra de sus principios y normas, ha sido terminante la Constitución al exigir decisiones válidas y responsables, permitiendo la revisión judicial en sus diversas especies para constatar si los derechos, libertades y garantías han sido conculcados, perturbados o amenazados al margen de ella.

Para que la Constitución sea respetada, indispensable resulta la perfecta coherencia entre los fines perseguidos por ella y los medios que al efecto autoriza, de una parte, y las decisiones legales y administrativas invocadas con base en aquellos para consumarlos, de otra. Es decir, propósitos legítimos precisan de medios idénticos y esto ha de ser probado con sujeción al derecho, comenzando por la Constitución, bajo la cual se encuentran las normas dictadas conforme a ella (206). Ha de excluirse, consiguientemente, como argumento contrario tanto la soberanía del Legislador como el pretexto de que la Administración obró en el ejercicio de atribuciones discrecionales.

En suma, ni el Legislador es soberano ni la Administración libre, pues aquel carece de otro poder que el conferido expresamente por la Constitución y del cual no puede desprenderse sino cuando ella lo permite (207); y la Administración no tiene más atribuciones que las otorgadas en textos por la misma Constitución o las leyes (208). De manera que la función legislativa es subconstitucional, porque está subordinada a la Carta, mientras la labor administrativa es a la vez subconstitucional y sublegal, ya que está sometida mediatamente a la Constitución e inmediatamente a las leyes (209).

Las acciones y recursos que contempla la Ley Fundamental son los mecanismos preventivos y correctivos de cualquiera transgresión a sus principios y normas. Y realzo que en la nueva Constitución fueron ampliados y perfeccionados tales mecanismos (210). La intangibilidad de la esencia de los derechos y su libre ejercicio tiene que ser, en la jurisprudencia y doctrina, una cláusula de la Constitución relevante para defenderla en la interpretación y aplicación de sus principios y normas (211). Esa intangibilidad deviene, en consecuencia, decisiva para la solución del problema que me ha sido planteado.

(205) Constitución de 1980, artículo 6^o, incisos 1^o y 2^o.

(206) Id., artículo 6^o, inciso 1^o y artículo 7^o, inciso 1^o.

(207) Id., artículos 7^o y 61, inciso 2^o.

(208) Id., artículo 7^o, inciso 2^o.

Actas, nota 11, sesión 93, pp. 17-18; sesión 94, pp. 24-27; sesión 151, pp. 8-11 y sesión 158, pp. 9-10 y 17-20.

(209) Julio A. Prat: "El poder discrecional de la Administración" en *II Anuario de Derecho Público 1977-1978* (Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, 1978), p. 64.

(210) Informe, nota 6, pp. 233-234 y 281.

Constitución de 1980, artículos 20, 38, inciso 2^o, 80 y 82, N^{os} 1^o, 2^o, 3^o, 5^o y 6^o.

(211) En el dictamen citado en nota 111, el fiscal de la Corte Suprema sostiene correctamente que el artículo 19, N^o 26 de la Constitución tiene el carácter de norma interpretativa, pero acto seguido agrega la insólita conclusión de que "no puede constituir causal de inaplicabilidad, ya que ningún precepto legal puede ser contrario a ella" (p. 519). Esta aseveración es insostenible,

Nuestra Ley Fundamental, en una de sus más importantes innovaciones, asegura a todas las personas la certeza o suma confianza que pueden tener en que los preceptos legales que por mandato de la propia Constitución regulen o complementen los derechos, libertades y garantías económicas que ella reconoce, o que los limiten en los casos en que ella lo autorice, no podrán afectarlos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan de lo anterior las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la misma Constitución contempla (212).

Prescindiré de las aludidas excepciones porque son ajenas a la consulta que me preocupa. Pero apoyado en la historia fidedigna pertinente es formular precisiones sobre la norma glosada, cuyo nítido objetivo es resguardar la supremacía constitucional ante demasías del Legislador o de la Administración. Consideraré primero las restricciones que el Poder Constituyente ha trazado con esta norma a la soberanía legal; después explicaré el severo acotamiento impuesto por él a la discrecionalidad administrativa, en particular cuando ejerce potestades punitivas.

b) Adviértase, en primer lugar, que el precepto se refiere a los preceptos legales, locución genérica que comprende toda regla que tenga valor material de ley en régimen jurídico chileno, cualquiera sea el órgano que la haya dictado y el procedimiento seguido por él con tal objeto. Y puesto que ese nivel de normas es el único idóneo, excluidos quedan la potestad reglamentaria y los actos administrativos de toda posibilidad preceptiva en la materia, habiendo el Poder Constituyente prohibido, además, la delegación de facultades legislativas (213).

Son, en seguida, preceptos legales de cualquier jerarquía, incluyendo las leyes orgánico-constitucionales, las de quórum calificado y las comunes.

Tales preceptos deben ser regulatorios o complementarios de los derechos, libertades y garantías, o bien, limitativos de ellos, tornándose imperativo en los dos primeros casos que la Constitución lo haya directa, expresa y previamente mandado, mientras que tratándose de una limitación ella exige que lo haya autorizado con idénticas modalidades. Por consiguiente, está vedado a los preceptos legales regular, complementar o limitar sin orden o permiso claro del Poder Constituyente, por lo que la analogía y la hermenéutica amplificadora tienen que ser aquí rechazadas de plano.

Siendo indudable, por otra parte, que el Poder Constituyente quiso proteger la esencia de los derechos, libertades y garantías que ha reconocido, toda interpretación debe ser extensiva en favor del titular de ellos y restrictiva de la competencia del Legislador para regularlos, complementarlos, limitarlos o restringirlos en su ejercicio, canon que con mayor razón aún se aplica a la actividad administrativa (214).

porque todas las disposiciones de la Ley Fundamental —más todavía las que contienen sus principios— gozan de supremacía y, desgraciadamente, ninguna puede dejar de ser afectada por las autoridades subordinadas a ella. La afirmación del Fiscal quita al precepto constitucional su trascendencia, dejándolo como consejo o guía —no vinculante normativamente— para el Legislador y la Administración.

(212) Constitución de 1980, artículo 19, N° 26, inciso 2°.

(213) Id., artículo 61, incisos 1° y 2°.

(214) Actas, nota 11, sesión 148, p. 27; sesión 149, pp. 3-4; sesión 150, pp. 10-22; sesión 155, pp. 4-23; sesión 156, p. 6; sesión 212, pp. 2-10; sesión 213, pp. 2 y 18; sesión 214, p. 2; sesión 348, pp. 2819-2820; sesión 398, p. 3113.

José Luis Cea Egaña: "La esencia de los derechos y su libre ejercicio", *Revista de Derecho Público*, N°s 29-30 (enero-diciembre 1981), pp. 112-117.

Constitución de 1980, artículo 61, inciso 2°.

Prohíbe el Constituyente, además, que los preceptos legales afecten los derechos en su esencia o impidan su libre ejercicio porque la Ley Fundamental reconoce la existencia de un contenido esencial y libertario de los derechos que asegura, razón por la cual los protege también en su ejercicio. Ahora bien, en lo que a la esencia dice relación, la Constitución prohíbe menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente, alterar o mudar lo permanente e invariable de un derecho o libertad que, por lo mismo, es lo más puro, inseparable y característico de su ser. La esencia de los derechos significa, en otras palabras, lo que por la naturaleza de las cosas ellos son intrínseca y objetivamente, imponiéndose a la voluntad del Legislador. Con respecto ahora al ejercicio libre, el Constituyente prohíbe las condiciones, tributos y requisitos que hacen imposible o difícil al titular realizar lo que su derecho subjetivo lleva consigo (215).

En fin, es obvio que el Legislador, a pretexto de interpretar, regular o complementar un derecho constitucional o de limitarlo en los casos en que la Constitución lo autoriza, no puede afectar los derechos en su esencia, porque ello equivaldría a desconocer la garantía y violar la voluntad del Poder Constituyente. Preceptuarlo expresamente reviste singular trascendencia jurídica, ya que exige de modo inequívoco que los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía constitucional eviten, en conformidad a los procedimientos y normas pertinentes, la aprobación o aplicación de un proyecto o de un precepto legal que incurra en el exceso señalado. Y esto no signifique estar invadiendo la órbita del Legislador, porque es una misión estrictamente jurídica (216).

c) Los actos administrativos son siempre reglados y discrecionales, simultáneamente. No existen, por ende, actos totalmente vinculados ni por completo discrecionales. Dichos actos tienen, sin excepción, un grado variable de regulación y discrecionalidad. Unos y otros son más o menos reglados y discrecionales. Es inexacto, entonces, hablar de actos discrecionales a secas; lo correcto es referirse a poderes discrecionales en actos administrativos que son, en todo lo demás, siempre reglados (217).

La discrecionalidad es un fenómeno genérico y no único de los actos administrativos. El Legislador y los jueces, por ejemplo, gozan en el ejercicio de sus funciones de cierta discrecionalidad. Pero es en el ámbito administrativo donde el fenómeno ha logrado mayor presencia y a ese ámbito acotaré mi informe.

La discrecionalidad es el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la Administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella.

Tal discrecionalidad es, en consecuencia, una facultad jurídica y no de hecho, porque está prevista, regulada y controlada por la misma ley que la otorga o por el contexto del ordenamiento jurídico. De manera que la discrecionalidad no supone ausencia sino que, todo lo contrario, presencia de ley de la cual aquélla emana y para el mejor cumplimiento de cuya finalidad concede capacidad discrecional (218).

(215) Ekkehart Stein: *Derecho Político*. (Madrid, Aguilar, 1973), pp. 245-252.

(216) Informe, nota 6, p. 239.

(217) Patricio Aylwin Azócar: *II Apuntes de Derecho Administrativo*. (Santiago, Ed. Universitaria, 1960), pp. 85-86, 101-103; Prat, nota 210, pp. 61-63; Enrique Sayagués Laso: *I Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1959) pp. 401-410; Enrique Silva Cimma: *I Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968), pp. 15, 24, 51 y 103.

(218) Bandeira de Mello, nota 7, pp. 448 y 455-456; Prat, nota 209, pp. 64 y 73.

Es, además, una actividad subconstitucional y sublegal, porque el jerarca administrativo está sujeto a la Carta y a las leyes. El poder discrecional, en otros términos, se otorga para integrar en concreto ciertas disposiciones constitucionales y legales, con la intención de satisfacer los fines de ellas (219).

Por eso, también, la discrecionalidad resulta ser una actividad controlada y controlable por los tribunales quienes, al ejercer la heterotutela sobre los poderes discrecionales, cumplen la función jurídica consistente en cautelar el respeto por la Administración de los límites que la Constitución y las leyes le han trazado (220).

Ahora bien, el sistema jurídico se estructura con normas de jerarquía diversa, en que el grado superior se materializa en el inferior, sin que el primero determine perfecta y completamente al segundo, ya que de no ser así el grado inferior estaría de más (221). Fluye de esta premisa que la Constitución se concreta a través de las leyes y éstas mediante los actos administrativos. Pero siendo suprema la Constitución, a ella deben ajustarse en la forma y fondo las decisiones legislativas y administrativas.

La Constitución es, por necesidad, el programa máximo de lo legítimo para gobernantes y gobernados en el Estado-Nación. Ella está escuetamente formulada, dando con sus principios y normas un esquema de las soluciones que admite y prohíbe. Los preceptos constitucionales son generales y precisan de las leyes para su desarrollo y complemento. Pero, a su turno, las leyes requieren de operaciones análogas, porque ellas son también generales, iguales, permanentes, abstractas, predeterminadas e innovadoras. Las leyes dejarían de serlo, por ejemplo, si fueran individualizadas y agotadoras en los detalles; ellas tienen que estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (222), dejando a la potestad administrativa algún ámbito de indeterminación, por pequeño que sea. Siendo exacto que el Legislador ha de ser claro y preciso en los preceptos generales que dicta, también lo es que en el nivel siguiente y más bajo de normas jurídicas —esto es, las administrativas— recae la tarea de ejecutar los mandatos del Legislador.

Puede la ley, sin embargo, pormenorizar exhaustivamente el poder que otorga a la Administración, caso en el cual ésta se encuentra constreñida al ejercicio de facultades regladas, con discrecionalidad mínima. Tal es la respuesta que nuestra Constitución contiene para los derechos y garantías que asegura a todas las personas, porque en la materia el Legislador no es soberano ni, menos aún, puede delegar poderes discrecionales en la Administración (223). Pero suele ocurrir que la ley describa las características principales de la situación que regula, dejando un margen de libertad más amplio a la Administración para que la aplique en función de las circunstancias. En este caso, los poderes discrecionales son mayores, pese a lo cual siguen siendo limitados, relativos, instrumentales y controlables judicialmente.

La discrecionalidad es inconciliable por la arbitrariedad, porque no es un privilegio que sitúe al administrador sobre el Derecho, sino que una circunscrita capacidad jurídica para elegir la oportunidad, el momento y la conveniencia de su acción dentro de lo que la

(219) Bandeira de Mello, nota 7, p. 448; Prat, nota 209, p. 61.

(220) Bandeira de Mello, nota 7, p. 455; Soto Kloss, nota 135, pp. 95-98.

(221) Prat, nota 209, pp. 73-74.

(222) Constitución de 1980, artículo 60, N° 20.

(223) Id., artículo 6°, 7°, 19 N° 26 y 61, inciso 2°.

ley le ha permitido expresamente (224). La discrecionalidad tampoco es un poder mágico que transforme la naturaleza de las cosas, sino que un medio para obtener su más pleno respeto. Donde tal discreción es factible, en consecuencia, el jerarca administrativo debe ser especialmente documentado, reflexivo e imparcial (225). Y una vez más insistiré en que el Legislador no es ajeno a la naturaleza de las cosas, porque es imposible que evite las arbitrariedades desde que intente alterarlas, por ejemplo, dando a la Administración poderes discrecionales de los que él carece o calificando como “actos prohibidos” a los que son sanciones cuya imposición es propia de la judicatura.

Todo acto administrativo tiene supuestos y elementos jurídicos. Son supuestos —porque sin ellos el acto no existe— la investidura regular de la autoridad respectiva, su actuación dentro de la competencia que le ha fijado el ordenamiento jurídico y el cumplimiento de la forma que prescriba la ley (226). Son elementos —pues sin ellos el acto es nulo— el motivo, el objeto, la causa, el fin y el procedimiento que la autoridad ha de seguir en sus actuaciones (227).

Motivo o fundamento del acto administrativo es la realidad objetiva, los hechos concretos y acreditados que autorizan a elegir, dentro de la materia o competencia, una actuación determinada de la Administración. Los motivos son los presupuestos fácticos, ajenos y externos a la autoridad que actúa, la cual debe limitarse en esta fase a constatarlos imparcial y objetivamente. Son ellos inseparables de los fines, pues la ley supone realizados éstos cuando, ocurridas las circunstancias que ha previsto, se emite un acto que satisface dichos fines (228). Si se pregunta por los motivos, la respuesta está en cuándo ha de obrar la Administración sobre los hechos (229).

El objeto del acto administrativo, de otra parte, es dado por las decisiones que la autoridad investida regularmente adopta dentro de su competencia y en la forma prescrita por el régimen jurídico. ¿Cuál de las alternativas legalmente posibles seguir? Tal es la interrogante que el objeto del acto plantea (230). La causa, en tercer lugar, es la relación de adecuación y proporción entre los motivos y el objeto del acto. ¿Por qué decidir de ésta y no de otra manera jurídicamente permitida? Ese es el problema causal (231).

En fin, es el cumplimiento de la Constitución y las leyes para satisfacer un interés o necesidad públicas. ¿Para qué obrar?, es la pregunta pertinente (232).

El procedimiento, por último, es el conjunto de trámites y formalidades que la voluntad del jerarca administrativo ha de cumplir para convertirla en un acto imputable al Estado. Aquí la cuestión es ¿cómo formar y llevar a cabo la decisión adoptada? (233).

(224) Mónica Madariaga Gutiérrez: *Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966), pp. 35-36; Eduardo Soto Kloss: “Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección”, LXXVIII. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, S. 1º pp. 18-19.

(225) Bandeira de Mello, nota 7, p. 459; Prat, nota 209, p. 70; Soto Kloss, nota 224, 2a. P.S. 5a., p. 218.

(226) Constitución de 1980, artículo 7º.

(227) Bandeira de Mello, nota 7, pp. 452-459; Prat, nota 209, pp. 66-68 y 72-77; Soto Kloss, nota 136, pp. 440-443 y 459-460.

(228) Bandeira de Mello, nota 7, pp. 452 y 458.

(229) Soto Kloos, nota 225, p. 19.

(230) Id.

(231) Bandeira de Mello, nota 7, pp. 458 y 461.

(232) Soto Kloos, nota 225, p. 19.

(233) Id.; Constitución de 1980, artículos 7, 38 y 60, Nº 18.

Ahora bien, jamás existe discrecionalidad en los supuestos, porque siempre están reglados. De lo contrario, no existe acto administrativo y la ley que permitiera obrar sin cumplir los supuestos sería, sin duda, inconstitucional (234). Los motivos, la causa, el fin y el procedimiento también son reglados, de manera que en ellos no cabe discrecionalidad alguna y la ley que omitiera regularlos sería inconstitucional (235).

Entonces ¿dónde es posible la discrecionalidad? Cabe ella en la apreciación de las consecuencias futuras de los hechos existentes y comprobados; procede ella, además, en la determinación del contenido del objeto, es decir, la decisión de actuar o no y, en el evento afirmativo, la elección de la oportunidad, el momento y la conveniencia de la decisión administrativa correspondiente (236).

Jamás puede la administración apreciar la constitucionalidad y legalidad de sus actos, debiendo excluirse el autocontrol en esas materias. Siempre tal apreciación queda sometida a la heterotutela que la Judicatura ejerce sobre el administrador, superlativamente tratándose de decisiones que afecten a los derechos fundamentales (237). Impera aquí el principio de universalidad del control de juridicidad que es inherente a nuestros tribunales (238).

Dicha revisión judicial procede, concretamente, en los supuestos y elementos reglados, asuntos que nunca pueden ser sustraídos de la jurisdicción ordinaria o especial. Una ley que delega poderes discrecionales sin sujetarlos a la revisión aludida, por ejemplo, diciendo que el jerarca administrativo actuará a su juicio exclusivo, es entonces inconstitucional. Obrar bajo el solo criterio subjetivo del jerarca es el comienzo de la arbitrariedad y la ley no puede con esa cláusula sortear el veto constitucional. El Legislador que hiciera lo contrario incurriría, además, en una delegación de facultades prohibida y vulneraría el principio de la separación de los poderes en que nuestro Estado de Derecho se funda (239).

En consecuencia, únicamente los cuatro puntos precisos en que la discrecionalidad es permitida están marginados de la tutela judicial, pues la Administración está ligada por lo justo y legal, mas no por lo útil (240).

De las explicaciones proporcionadas se deduce que los jueces tienen competencia para constatar la existencia de los hechos alegados por la Administración, si están o no legalmente comprobados por ella y si es correcta o no la calificación jurídica que al efecto ha efectuado.

De igual competencia gozan los jueces para investigar el objeto, pero cuando se trata de materias que no sean las tres de carácter discrecional que ya expliqué. Lo mismo vale tratándose de la causa, resultando insuficiente para que la Administración apruebe el examen la mera invocación que haya efectuado de preceptos legales (241). Se mantiene el mismo predicamento respecto del fin, porque la discrecionalidad es un instrumento para cumplir propósitos fijados en la Constitución y las leyes, esto es, fuera de la

(234) Constitución de 1980, artículo 7º, inciso final.

(235) Bandeira de Mello, nota 7, pp. 452 y 458-459; Prat, nota 209, pp. 67-77.

(236) Id.

(237) Prat, nota 10, p. 66; Soto Kloss, nota 135, pp. 96-101.

(238) Constitución de 1980, artículo 73; Código Orgánico de Tribunales, artículos 5º y 10º.

(239) Constitución de 1980, artículo 6º, 7º, 61, inciso 2º y 73.

(240) Prat, nota 209, p. 66.

(241) Bandeira de Mello, nota 7, p. 459.

Administración. Y el abuso o desviación de poder, el vicio **ultra vires**, ocurre cuando se alegan fines legítimos no previstos en el ordenamiento jurídico, como también si se acude al pretexto de realizar los previstos por medios no autorizados o sobrepasando de cualquier manera los poderes otorgados a la Administración (242). Por último, también está dentro de la heterotutela comprobar si el acto ha o no seguido el procedimiento formativo y de publicidad que lo rige (243).

El marco normativo que hasta aquí hemos trazado se aplica a todos los actos administrativos. Existe sin embargo, una especie de tales actos en que es indispensable estar especialmente alerta para requerir el cumplimiento de las exigencias explicadas. Me refiero a los actos administrativos sancionadores o punitivos.

La tendencia en el Derecho Comparado es a reglar cabalmente los actos que integran el Derecho Administrativo Disciplinario y Sancionador (244). Y es lógico que así sea, porque para ello existe un Poder del Estado encargado de ejercer jurisdicción en todos los casos temporales en que un acto de autoridad afecte, por vía de sanciones o penas, la persona y los bienes de terceros (245).

Hemos ya demostrado que en la historia fidedigna de la nueva Constitución consta que la Administración debe fiscalizar, vigilar y controlar el cumplimiento del ordenamiento jurídico respectivo por los administrados, pero que nunca puede ella imponer sanciones (246). Tratándose de materias económicas, además, tales sanciones han de ser exclusivamente pecuniarias como máximo (247). Es la judicatura la competente para resolver sobre las sanciones y penas que le sugiera aplicar la Administración (248).

A la luz de tales predicamentos, si una ley da poderes discrecionales-punitivos al jerarca administrativo, ninguna duda cabe que ella vulnera los principios de reservas y de separación de los poderes. Aquí, otra vez y para concluir, la naturaleza de las cosas no puede ser cambiada por el Legislador, por ejemplo, declarando que no se reputan penas las sanciones que imponga la autoridad administrativa, menos todavía cuando el incumplimiento de ellas se convierte o transforma en una privación de la libertad personal y no en otra especie de sanción administrativa más severa (249). No es soberano el Legislador, en consecuencia, para contrariar la naturaleza de las cosas, pues incurriría en una diferencia o discriminación arbitraria que prohíbe la Constitución (250).

Esto quiere decir, en síntesis, que sólo la judicatura puede conocer y aplicar la legislación sancionadora y que son insostenibles ante la Constitución los argumentos que en contrario se esgriman alegando que se trata de infracciones de bagatela, propias de una jurisdicción de gabinete sin debido proceso (251).

(242) Bandeira de Mello, nota 7, pp. 452-459; Prat, nota 209, pp. 68-71 y 75-76; Sayagués, nota 217, pp. 449-457; H.W.R. Wade: *Derecho Administrativo*. (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971), pp. 77-80.

(243) Sentencia citada en nota 204.

(244) Prat, nota 209, p. 65.

(245) Constitución de 1980, artículo 6º, 7º y 73; Código Orgánico de Tribunales, artículos 5º y 10º.

(246) Actas, nota 11, sesión 113, pp. 4-7, 9 y 10-12; sesión 388 p. 2819; sesión 388, pp. 2902-2903.

(247) Id., sesión 384, p. 2819 y sesión 394, p. 3035.

(248) Id., sesión 384, p. 2819; sesión 388, pp. 2902-2903; sesión 394 p. 3035; sesión 399, pp. 3149-3151.

(249) Cousiño, nota 182, p. 26; Cury, nota 175, p. 82.

(250) Constitución de 1980, artículo 19, Nº 2.

(251) Cury, nota 138, pp. 86 y 88; Novoa, nota 138, p. 37.

d) Nuestra jurisprudencia registra ya algunos fallos en abono de la tesis expuesta, particularmente en lo que concierne a la universalidad de la jurisdicción radicada en los tribunales ordinarios y al control por éstos de los poderes discrecionales.

Así, y por ejemplo, se ha resuelto que “las razones han de ser demostradas por dicha autoridad (política) en la instancia de amparo porque la jurisdicción del tribunal exige el **conocimiento** de las materias de hecho y de derecho fundantes de la decisión”, siendo insuficientes que la autoridad se limite “a transcribir un escueto decreto que no contiene sino las citas de preceptos legales cuyas bases de facto son desconocidas para el tribunal fallador” (252).

En otra sentencia se sostuvo “que se sanciona la ilegalidad que se da fundamentalmente en el ejercicio de las facultades regladas en que el funcionario debe atenerse a la ley. El freno a la ilegalidad persigue como propósito el salvaguardar el acatamiento a la norma del precepto positivo. La arbitrariedad, en cambio, aparece en el campo de las facultades “discrecionales”, o sea, de aquellas en que el administrador disfruta de facultades amplias e incluso exclusivas, justamente porque aquí es donde existe el mayor peligro de arbitrariedad. La discrecionalidad, se ha dicho, es como el Caballo de Troya del Estado de Derecho y ello porque el acto arbitrario bien puede aparecer externamente como ajustado a la ley, pero ser contrario u ofensivo a la justicia”. Prosigue el fallo glosado señalando que “de lo anterior se desprende que el recurso de protección está instituido no tan sólo para restablecer el imperio de la ley formal sino con mayor amplitud el imperio del derecho, o sea, el de la justicia, cuando el funcionario embozadamente amaga o vulnera garantías constitucionales”. Añade la decisión que “sólo existe sanción penal cuando hay infracción de ley, pero no puede configurarse un delito en base al incumplimiento de una resolución administrativa”. Se agrega en la misma sentencia que “si obviamente la ley faculta al funcionario para actuar conforme a su juicio exclusivo es consecuente al disponer que no procede recurso alguno, ello lo hace porque supone, porque presume, fundadamente que el funcionario actuará con criterio ecuánime, sin afán persecutorio, sobreponiéndose a elementos ajenos a un justo e imparcial juzgamiento”. Concluye el fallo declarando que procede el recurso de protección, “ya que de otra manera quedarían conculcadas las garantías de un juicio justo” y estableciendo que en la especie existía “una verdadera desviación de poder que queda demostrada en la evidente desproporción entre la infracción cometida y la sanción” (253).

En fin, se ha fallado que las facultades de una autoridad pública y las judiciales “no son contradictorias, sino complementarias, como lo son las de todas las autoridades y personas en relación con la judicatura: todas pueden ser compelidas a presentarse ante la justicia por actos facultativos o reglados” (254).

(252) Corte Suprema, sentencia del 10 de marzo de 1981, contra Francisco Soto Díaz. Recurso de Amparo. Voto disidente. LXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S. 4a. p. 10. Énfasis en el original.

(253) Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia del 28 de noviembre de 1980, Abogados Consultores de Empresas con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos VIII Región. Recurso de Protección. Civil. Considerandos 11, 12, 29, 43, 44 y 45. LXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S. 5a. pp. 8, 10 y 12-13. Consúltense además las sentencias citadas en las notas 156, 158, 159, 160, 161 y 162 del presente informe.

(254) Corte Suprema, Rol 14.646, sentencia del 25 de noviembre de 1980, Rojas Bascur con Universidad de Concepción, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 5º c. LXXVII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2a. P.S. 1a. pp. 109-111.

B. Examen Legal

El artículo 19 bis se encuentra en el Título III o de Las Sanciones del Decreto Ley N° 1.097, de 1975.

Ese artículo se aplica cuando, a juicio del Superintendente, la situación de una institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente. En tales eventos, el jerarca administrativo puede prohibir a dicha institución, total o parcialmente, uno o más de los actos que se indican en el precepto citado, por el plazo que estime necesario. Se presume en todo caso que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a personas vinculadas a la propiedad o gestión de la institución. Los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos en el inciso 2º del artículo, serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Ya se ha demostrado por qué el artículo 19 bis es discrecional. Útil es, sin embargo, subrayar aquí que tal discrecionalidad se da en los motivos, el objeto, la causa, el fin y el procedimiento seguido para dictar la resolución respectiva, sin que la ley contemple para ninguna de esas materias la posibilidad de defensa por los afectados, mediante la impugnación del acto en sede administrativa ni jurisdiccional. Es un caso, en consecuencia, de completa desprotección ante la autotutela discrecional de la Administración. Pero, aún peor, la situación descrita se agrava porque la resolución del Superintendente es una prohibición-sanción, la infracción de la cual acarrea el presidio sin posibilidad de conversión en otro castigo.

No ha trazado la ley parámetros objetivos mínimos que el Superintendente esté en la obligación de respetar en sus actos. Por el contrario, la interpretación y aplicación de las normas que rijan a las empresas vigiladas queda confiada al juicio exclusivo del administrador, sin revisión siquiera por la Contraloría General de la República (255). De manera que el Superintendente, con total discrecionalidad, declara la existencia de los hechos, los califica jurídicamente, determina el concepto de inestabilidad financiera, administración deficiente y concentración crediticia, así como el sentido y alcance de las siete prohibiciones genéricas que el artículo 19 bis menciona en su inciso 2º. Además, resuelve discrecionalmente si actuar o no y, en el evento afirmativo, las prohibiciones que impone, la extensión parcial o no de ellas y el lapso definido o no de su vigencia. La ley va más lejos todavía, pues la concentración crediticia cuya existencia la ley presume sin admitir prueba en contrario queda, una vez más, confiada a la discrecionalidad administrativa desde que la legislación no la define ni describe expresamente.

Con base en tantos supuestos ambiguos procede la pena de presidio para los infractores de las resoluciones administrativas, a menos que el Superintendente haya alzado las prohibiciones por escrito, previamente y a su juicio exclusivo.

Ya hemos demostrado cuáles son y por qué resultan vulnerados con el artículo 19 bis diversos derechos fundamentales. Y ahora procede agregar que esa infracción se comete mediante un precepto legal que afecta los derechos en su esencia y les impone condiciones o requisitos que impiden su libre ejercicio. Ese precepto no regula ni completa las garantías que la Constitución asegura; tampoco en la especie él las limita en un caso autorizado por la Constitución.

(255) Decreto Ley N° 1.097, citado, artículos 11, 12 inciso 2º, 18 y 25.

El artículo 19 bis contiene una ley penal en blanco, absolutamente abierta en el elemento normativo del tipo, el cual deviene configurado con discreción completa por el administrador. Al decidir sobre los hechos, calificarlos, tipificarlos y fijar prohibiciones en concreto el jerarca administrativo procede con desprotección de los afectados, erigiéndose en comisión especial que ejerce jurisdicción fuera del proceso debido, ayudado por una presunción de derecho que configura y sin respetar el principio de reserva penal. El Superintendente puede obrar con libertad en todo esto porque el Legislador le otorgó un poder en blanco, reforzando tal delegación con la sustracción de la tutela judicial a través de la discrecionalidad.

Pero, conveniente es repetirlo, el Legislador no puede delegar sus atribuciones sobre los derechos fundamentales ni privar a los tribunales del ejercicio de la universalidad de jurisdicción que la Constitución les reconoce (256). De manera que el precepto legal lesiona la esencia de los derechos y su libre ejercicio tanto como las bases del sistema institucional que nos rige.

A lo expuesto, para concluir, debo añadir la naturaleza de las cosas en cuanto al carácter punitivo que ostenta la prohibición-sanción que el Superintendente impone con sujeción al artículo 19 bis.

En efecto, está reiteradamente comprobado en este informe que todo menoscabo, lesión o sanción que afecta a una persona o a sus bienes como consecuencia de actos administrativos, tiene que ser impuesta por un órgano que ejerza jurisdicción, en un proceso debido, contemplando la igual protección y defensa de sus derechos por los afectados y respetando las demás prohibiciones que consagra la Constitución. Pues bien, estas exigencias no las sortea el Legislador con la cómoda declaración de que delega sus facultades en la discreción del jerarca y, menos todavía, tratándose de materias sancionatorias y penales. La naturaleza de las cosas, es decir la esencia de los derechos y su libre ejercicio es algo que no depende de la soberanía de la ley.

Es cierto que no se reputan penas, las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas (257). Pero éste es un precepto legal cuya constitucionalidad ha de ser hoy reexaminada, sobre todo después de haber sido considerado negativamente por la Comisión respectiva (258). Ese precepto, además, es meramente programático y no sustantivo, desde que no se señala cuándo las sanciones son administrativas o penales, siendo el recto criterio para diferenciarlas el que atiende a su convertibilidad o no en otra sanción más grave para los infractores de la prohibición administrativa (259). Ese es precisamente el caso del artículo 19 bis.

Pero, en fin, el Legislador no es soberano para declarar que una prohibición-sanción es administrativa y no penal, estableciendo así una justicia de gabinete que se ejerce por comisiones especiales, sin el proceso debido y vulnerando otras garantías aseguradas a los bancos e instituciones financieras por la Constitución. La naturaleza de las cosas se impone a la ley con su realidad objetiva. Esa naturaleza significa que, cualitativa y cuantitativamente considerada, la prohibición aludida es una sanción que se convierte en

(256) Constitución de 1980, artículo 6º, 7º, 19, Nº 3 y Nº 26, 61, incisos 2º y 3º, 73 y 74.

(257) Código Penal, artículo 20.

(258) Actas, nota 11, sesión 113, pp. 4-12.

(259) Cousiño, nota 182, pp. 25-26; Cury, nota 138, pp. 93-94; Cury, nota 175, pp. 81-82; Etcheberry, nota 204, pp. 229-235.

pena de presidio para los infractores. Por consiguiente, esa sanción sólo puede ser impuesta jurisdiccionalmente en un procedimiento que respete todas las exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental. Y, sin embargo, ya está demostrado en nuestro informe que el artículo 19 bis prescinde por entero de esas garantías constitucionales cuando otorga poderes discrecionales al Superintendente para imponer las prohibiciones-sanciones que nombra sin describirlas.

C. Conclusiones

El artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, vulnera el principio contemplado en el artículo 19 N° 26 de la Constitución. En defensa de ésta, por ende, debe el precepto legal citado ser declarado inaplicable, a menos que con antelación se proceda a derogarlo o, por lo menos, reformarlo hasta que se ajuste a la Constitución.

EL COMERCIO MUNDIAL Y SU INFLUENCIA
EN AMÉRICA LATINA

El Comercio Mundial y su Influencia
en América Latina
1975

EL COMERCIO MUNDIAL Y SU INFLUENCIA
EN AMERICA LATINA

María Elena Ovalle de Vigneaux*
Gerente de la Asociación de Bancos
e Instituciones Financieras de Chile

Noviembre, 1983

* Deseo agradecer a los señores Felipe Herrera, Carlos Massad, Sonia Gallegos, Héctor Soto y Enrique Marshall por la valiosa cooperación que me brindaron.

CAPITULO I

INTRODUCCION

América Latina tomó del comercio internacional gran parte del impulso que durante los años 60 y 70 le permitió alcanzar altas tasas de crecimiento económico. Ese proceso revitalizó en mayor o menor medida el sector externo de las economías de la región y se tradujo en un proceso de sostenida expansión de sus exportaciones.

Los ingresos generados por las ventas al exterior financiaron no tan sólo el desarrollo económico interno. También permitieron afrontar los intereses y amortizaciones del creciente endeudamiento que las economías latinoamericanas asumieron durante la década pasada, a raíz de su acceso al mercado internacional de capitales. Estas responsabilidades financieras, originadas en la captación de ahorros externos, aumentaron considerablemente con ocasión de la primera alza del precio del petróleo del año 1973, de manera tal que la región pudo sobrepasar la recesión que se desencadenó en los dos años siguientes en términos que aparentemente fueron más benévolos con estas economías que con las del mundo industrial.

La crisis desatada por la segunda gran alza del petróleo a partir de 1979 —luego que la economía mundial parecía haberse repuesto de la contracción registrada a mediados de la década— sorprendió a América Latina en condiciones más precarias para enfrentarla, en tanto rebajó el volumen y sobre todo el precio de sus exportaciones y congeló los conductos a través de los cuales había estado fluyendo una considerable corriente de recursos externos. El alza exorbitante de los tipos de interés que aumentó el costo de endeudamiento contraído y la caída del ingreso de las economías del área se concertaron para generar una crisis de liquidez que puso en guardia a la banca internacional y generalizó en sus cuadros el convencimiento en orden a que sus niveles de exposición en la región habían llegado a extremos peligrosos.

En el fondo, le corresponde a la prolongada recesión que se inicia en 1980 el efecto de haber desarticulado el mecanismo de generación de crecimiento económico de la región, durante los años 70, sustentado básicamente en la expansión de las exportaciones y en la contratación de créditos externos. Ese mecanismo entró en crisis cuando se agrietaron sus dos pilares. La recesión del mundo industrializado y los avances del proteccionismo significaron estancamiento del comercio mundial y obraron en contra de la capacidad exportadora latinoamericana. Las elevadas tasas de interés encarecieron la deuda y debilitaron la capacidad de pago de la región, fenómeno que se reflejó drásticamente en una generalizada reducción de sus accesos al mercado financiero internacional.

Estas consideraciones, aun cuando son necesariamente demasiado generales, permiten sin embargo apreciar la elevada sensibilidad de América Latina frente al comercio internacional y explican el énfasis que este trabajo quiere colocar en el análisis y denuncia del proteccionismo como condición adversa a la recuperación de las economías latinoamericanas y de efectos devastadores sobre las expectativas de crecimiento futuro tanto para el Hemisferio Norte como para el Hemisferio Sur.

La atención colocada sobre el tema del nuevo proteccionismo, que difiere del antiguo sólo en la naturaleza de las barreras que opone al libre tráfico de las transacciones comerciales internacionales, en cierto modo prolonga una reflexión sobre el particular que inició el año 1978, con ocasión de la celebración del XII Consejo de Gobernadores de FELABAN en La Paz, en donde me correspondió exponer el trabajo titulado "El Neoproteccionismo y la Banca Latinoamericana".

Desde entonces ha corrido mucha agua bajo los puentes y la orientación del caudal ha sido particularmente opuesta a los intereses de la región. Lo que en 1978 eran indicios claros pero no definitivos de una regresión al proteccionismo, envuelto en ropajes diferentes, puesto que no se valía del instrumento arancelario sino de otras restricciones para coartar al comercio mundial, cinco años después es ya un fenómeno de alcances mucho más generalizados y constituye una realidad con la cual las economías latinoamericanas deberán contar en sus pasos futuros, a menos que la economía logre reaccionar a tiempo desprendiéndose de estas prácticas cuyos costos ya son altos y con seguridad lo serán todavía más en los años próximos.

Si el trabajo no destaca con el mismo énfasis la expansión de las presiones proteccionistas en las economías de América Latina no es porque asigne menos gravedad a este fenómeno que en el caso del mundo industrializado, sino sólo porque le atribuye caracteres más circunstanciales, que responden, en lo fundamental, a los problemas de pagos de la región.

El segundo capítulo del trabajo intenta ser una revisión general del comportamiento de la economía mundial durante los años 60 y 70 y de las condiciones en que se desarrolló el crecimiento del producto y del comercio internacional. El signo liberacionista que presidió la expansión del comercio exterior durante la mayor parte de esos 20 años constituye un antecedente que no debiera ser perdido de vista al momento de analizar las actuales dificultades y de discurrir las estrategias para superarlas.

La crisis económica actual, que a pesar de aislados síntomas alentadores el orden internacional sigue padeciendo, constituye el tema del tercer capítulo de este trabajo. Las observaciones que contiene no pretenden, ni con mucho, desarrollar un diagnóstico ni un análisis exhaustivo acerca de las causas y manifestaciones de la recesión que se inicia en 1980 y cuyas incidencias llegan hasta hoy. En esta parte, el trabajo sólo quiere proporcionar un cuadro más o menos amplio de la economía mundial para los fines de una aproximación a la posición que América Latina ocupa en ella en la actualidad.

En el capítulo cuarto el trabajo ingresa a la esfera de la descripción y el análisis del rebrote y la consolidación del nuevo proteccionismo durante estos años, e intenta visualizar el problema no sólo en lo que tiene de consubstancial al actual ciclo recesivo sino también en lo que tiene de amenaza para el porvenir, especialmente en el caso de las economías de América Latina.

El último capítulo del trabajo —Confrontación o consenso— da cuenta de la imposibilidad de aislar los problemas de comercio, de liquidez, de deuda externa y de desarrollo que la crisis económica ha interrelacionado en un panorama actual tan congestionado

como sombrío. El capítulo se plantea como una exhortación a enfocar las actuales dificultades desde una perspectiva global, entendiendo que los trastornos producidos no responden a inflexiones coyunturales sino a distorsiones muy profundas y estructurales en el esquema mundial de relaciones económicas. Tales reflexiones están animadas por la convicción en orden a que la emergencia no sólo hace posible, sino además indispensable alcanzar un consenso elemental entre las partes involucradas en ella —países acreedores, países deudores, organismos financieros multilaterales y banca internacional— que permita a todos, sobre una base de equidad, franquear la crisis sin gran menoscabo de las tareas de desarrollo que continúan pendientes. Semejante consenso está muy lejos de constituir una representación utópica y de hecho la crisis ha abierto numerosas coyunturas donde los intereses de las partes involucradas son no sólo complementarios sino incluso coincidentes en determinadas instancias. La recuperación de la energía exportadora latinoamericana es, por ejemplo, un proyecto que de hecho debiera estar movilizando no sólo a los conductores de las economías del área, sino también al mundo industrializado, a los banqueros internacionales y a la banca privada en los esfuerzos persuasivos que se puedan desarrollar en favor de mayor apertura comercial en los mercados mundiales y de condiciones de intercambio menos gravosas y perjudiciales que las vigentes. Este enfoque cree responder mejor a las necesidades de ajuste que la crisis impone y revela hasta qué punto los esfuerzos que en este sentido se han realizado tienen alcances muy limitados, en la medida en que han dado soluciones parciales y transitorias a los problemas de liquidez de la región, pero no a las grandes encrucijadas que continúan pendientes en materia de deuda externa y de crecimiento futuro de las economías latinoamericanas. Las consideraciones finales del capítulo destacan la necesidad de renovar en la actual coyuntura el impulso a las causas de integración regional, aprovechando la convergencia de criterios que se ha producido en varios foros de América Latina, respecto a las estrategias más adecuadas para ampliar el marco de cooperación interna y para concurrir al concierto económico internacional con planteamientos más uniformes y coordinados.

La última parte presenta un conjunto de cuadros y antecedentes estadísticos con las cifras más relevantes en apoyo de las verificaciones y observaciones de este trabajo. Corresponden a datos de fuentes calificadas y a diversas estimaciones elaboradas a partir de la información disponible.

Por cierto, el trabajo no alienta pretensión alguna de cerrar el tema. Por el contrario, desea promover a nivel de FELABAN el intercambio de puntos de vista y la elaboración de diagnósticos y estrategias más reflexivas al respecto. El comercio internacional, pese a todos los problemas actuales, deberá seguir siendo un espacio donde América Latina tendrá que cristalizar sus enormes y constreñidas potencialidades de crecimiento y esta circunstancia obliga a renovadas aproximaciones al tema.

CAPITULO II

EL COMERCIO MUNDIAL Y AMERICA LATINA: DOS DECADAS DETERMINANTES

El análisis de las grandes tendencias que han caracterizado el comportamiento de la economía mundial en las últimas décadas ofrece numerosos y contrapuestos motivos de

satisfacción y alarma. Los avances y regresiones de la causa del desarrollo durante el período ponen en evidencia un proceso de creciente inestabilidad. Por de pronto, las actuales dificultades económicas, producto de una recesión que dista de estar doblegada, no corresponden a un trastorno reciente. Son dificultades, por la inversa, que deben ser entendidas y explicadas al interior de un cuadro cuyos antecedentes forman parte de la estructura y naturaleza de las relaciones económicas mundiales que surgieron pocos años después de la última guerra mundial.

En forma gradual se ha venido fortaleciendo entre los analistas de la situación económica internacional la conciencia en orden a que las realidades de hoy no se conciben en función de los aciertos o desaciertos cometidos ayer o la semana anterior. Inciden en la situación actual numerosas variables que se remontan bastante más allá del pasado reciente y cuyos efectos acumulativos de largo plazo sólo ahora están siendo reconocidos o padecidos. Los últimos años no tan sólo han hecho a las naciones más interdependientes entre sí. También han demostrado que las decisiones adoptadas en las coyunturas están fuertemente condicionadas en sus efectos por la gravitación de opciones e incidencias de un pasado que a primera vista parece agotado y remoto, pero que, sin embargo, continúa interfiriendo el presente.

Dentro de esta perspectiva es no sólo conveniente sino indispensable tener en consideración los antecedentes inmediatos de mayor relevancia que concurren a la definición del espacio ocupado actualmente por América Latina en el contexto económico mundial. Esta mirada retrospectiva es también esclarecedora para los fines de ponderar la complejidad de las relaciones entre la expansión del comercio internacional y el crecimiento económico registrado en las últimas décadas.

Los años de la expansión

Los años 60, como se sabe, correspondieron a una etapa de fuerte y sostenido desarrollo en todo el mundo. Los países industrializados crecieron a una tasa promedio del orden del 5 por ciento anual y lo hicieron en un contexto de estabilidad que incluso indujo a pensar en la victoria de nuestra época sobre los ciclos económicos identificados y estudiados, desde mucho tiempo antes, por expertos, analistas y académicos de la especialidad.

De ese proceso expansivo los países latinoamericanos en ningún momento estuvieron al margen. Los indicadores señalan que registraron un crecimiento real aún superior al del mundo industrializado, con tasas anuales promedio del 6,20 por ciento. Este mayor dinamismo de la región permitió de alguna manera reducir en términos relativos la brecha del desarrollo que interpone una distancia enorme entre los países industrializados y las naciones situadas al sur del Río Grande. Por mucho que esta tasa de crecimiento corresponda a un promedio regional, que por cierto no se distribuyó por igual entre todas las naciones del área, es importante retener la envergadura de esa tasa de crecimiento en lo que tiene de testimonio de las potencialidades latinoamericanas de desarrollo, toda vez que la región pueda desenvolverse en un entorno internacional mínimamente favorable al crecimiento, como fue el que encontró, a pesar de todo, en los años 60.

Si la ciencia económica ha identificado en el comercio, en la energía y en el financiamiento externo las fuentes más relevantes del desarrollo económico a estas alturas del siglo, está al margen de toda duda que la década del 60 debió la mayor parte de su dinamismo a la notable expansión del comercio mundial. En las naciones desarrolladas el incremento anual promedio de estas actividades sobrepasó el 6 por ciento, en tanto en

América Latina la expansión de las importaciones y de las exportaciones acusó tasas del 4,2 y 4,4 por ciento anual en promedio, respectivamente. Este esfuerzo significó que la región lograra una participación del 6 por ciento en el comercio mundial.

Tanto o más importante que estos indicadores de incremento del comercio mundial fue la creciente relevancia del sector externo en las economías nacionales. El fenómeno se tradujo en mayor interdependencia económica entre los países, lo cual significaba, por un lado, ampliar los horizontes de la actividad productiva interna y, por el otro, hacer a la economía mundial más vulnerable frente a las decisiones de manejo económico doméstico de parte de las naciones más poderosas del orbe y, sobre todo, de parte de los Estados Unidos.

En la expansión del comercio internacional los analistas atribuyen fuerte incidencia a la determinación política de los países desarrollados de rebajar las barreras, especialmente arancelarias, que obstruían el intercambio, adoptada en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Los informes sobre la década reconocen, que si bien este aperturismo facilitó las exportaciones provenientes de los países en vías de desarrollo mantuvo, no obstante, más o menos intactas las severas restricciones a las exportaciones de los productos agropecuarios de América Latina hacia los mercados de Europa, Japón y Estados Unidos.

Más allá de ese compromiso formal en favor del crecimiento del comercio mundial, es indudable, sin embargo, que el dinamismo que lo caracterizó estuvo asimismo condicionado por la conducción monetaria y fiscal relativamente expansiva de los Estados Unidos, en un contexto de tipos de cambio nominales fijos y de muy alta productividad en otras naciones industrializadas, como Alemania Occidental y Japón. El crecimiento norteamericano, expresado en una creciente y renovada demanda de importaciones, operó como el principal incentivo a la expansión del comercio internacional según los observadores.

Fue esta misma dinámica expansionista norteamericana la que determinó en este país, al promediar la década, la aparición de síntomas inequívocos de presiones inflacionarias, determinadas principalmente por el déficit fiscal y por desequilibrios en su balanza de pagos. Era pues inevitable que hacia fines de la década la economía mundial presentase complicaciones que se manifestaron en una recesión caracterizada por la desaceleración del crecimiento y el repunte inflacionario.

De hecho, en relación a los años que vinieron después, la década del 60 ofreció al desarrollo económico y al comercio internacional un alto grado de estabilidad. Entre los años 1961 y 1970 el índice inflacionario de los países desarrollados se mantuvo en promedio a una tasa anual de 3,53 por ciento, solamente. El crecimiento de los precios al consumidor en América Latina, en relación a ese rango, era sin duda elevado —12 por ciento anual en promedio— pero lo cierto es que ambas cifras daban cuenta de una situación perfectamente manejable que hacía difícil concebir los desbordes que tendrían lugar algunos años más tarde a ese respecto.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo, los años 70 heredaron de la década precedente:

— El inicio de un proceso de desaceleración del crecimiento y de intensificación de la inflación.

— Una elevada conciencia sobre las ventajas del libre comercio, manifestada en la decisión de los países industrializados de facilitarlos, desmantelando al efecto parte de sus barreras arancelarias.

- Una marcada prioridad por los objetivos de pleno empleo antes que por los propósitos de control inflacionario, y
- Un fortalecimiento del mercado internacional de capitales, en grado que permitieron la participación de países menos desarrollados, incluidos los de América Latina.

Los años de la inestabilidad

Durante la década siguiente el comercio internacional se desarrolló en un escenario caracterizado por la inestabilidad y por enormes esfuerzos de adaptación. Hasta el año 1973 continúan imponiéndose las tendencias acreditadas en el decenio anterior, aunque el aumento de la inflación y los emergentes problemas de desempleo configuran un horizonte inquietante para la economía mundial.

Una breve recuperación de las actividades productivas entre 1971 y 1973 permitió al mundo desarrollado reconquistar las tasas de crecimiento económico de los años 60, pero fue insuficiente para contener el deterioro del empleo y atenuar las presiones inflacionarias. Durante un breve período —1972 y 1973— América Latina se benefició de las alzas de precio registradas en las materias primas y el comercio internacional experimentó un considerable repunte, con tasas de crecimiento real del 16 por ciento anual promedio desde 1971 a 1973.

El vuelco representado por el alza de los precios reales del petróleo alteró dramáticamente estas relaciones convirtiendo a la década en un período de recesiones recurrentes, a causa de las cuales la tasa de crecimiento del mundo desarrollado cayó desde el 5,02 por ciento, registrado en el decenio anterior, al 3,26 por ciento. La inflación fue particularmente corrosiva en el período, 8,14 en tasa promedio anual para los países industrializados y de 75,12 por ciento para las naciones latinoamericanas y, según los analistas, el fenómeno no se explica exclusivamente por la incidencia de los nuevos precios del crudo sino, también, por lo que algunos designan como “la tendencia heredada de los años 60 de responder a cualquier conato de recesión con una política fiscal y monetaria expansionista”. Esta forma de reaccionar habría caracterizado no tan sólo a la economía norteamericana sino incluso a países tradicionalmente más conservadores en la materia, como es el caso de Alemania Occidental y Japón y, en el fondo no hizo más que retrasar el ajuste de las economías a los nuevos precios de la energía. Existe entre los estudiosos cierta convicción en orden a que este fenómeno explica la lamentable conjunción, en los años 70, de recesiones con alzas de precios, hasta ese momento sin precedentes en las naciones desarrolladas.

Con todo, aún reconociendo que el aumento de los precios del petróleo no es la única variable determinante de la crisis que registró la economía mundial desde fines de 1973 a 1975 y, desde 1980 en adelante, lo cierto es que ambas coinciden con las dos más espectaculares alzas del precio del crudo. Por el mismo combustible que en 1970 los compradores pagaban 100, en 1974 estaban pagando 405 y, en 1980, 770.

La magnitud de estos desembolsos introdujo —como era inevitable que ocurriera— profundas transformaciones en los esquemas internacionales de relaciones políticas y económicas. El esfuerzo de adaptación a estas nuevas realidades dista todavía mucho de ser un capítulo concluido y los ajustes y adversidades económicas que cubren los primeros años de la presente década pueden explicarse, en gran parte, como intentos por encontrar un nuevo modelo de equilibrio en la economía mundial.

El valor real del comercio internacional aumentó durante los años 70 a una tasa promedio de 12,5 por ciento anual. Este porcentaje, sin embargo, incluye tanto la varia-

ción del volumen físico de las importaciones y exportaciones, como el alza de los precios relativos de las mercaderías transadas. Este último concepto tuvo enorme incidencia en el incremento y lo explica en una subida proporción. Los indicadores señalan que 7,1 puntos de la tasa de crecimiento de 12,5 correspondieron a los aumentos del precio relativo de las mercaderías. El resto, 5,4 puntos, da cuenta efectivamente del aumento del volumen físico del comercio mundial y, por alta que parezca como tasa promedio anual, es bastante inferior al 8 por ciento registrado en la década precedente. Incluso más, las cifras permiten establecer que en las recesiones de 1974-1975 y de 1980, prácticamente, todo el crecimiento se explicó en función de precios relativos y que el incremento del volumen físico tuvo lugar únicamente en los períodos de expansión económica y, con más énfasis, en la etapa que precedió a la crisis del año 73.

Los informes de la década destacan que, así como, entre 1961 y 1973 la tasa de expansión del comercio exterior de las naciones desarrolladas fue prácticamente igual a la mundial, desde 1974 en adelante la tasa mundial ha sido substancialmente superior a la de aquéllas. Si en 1970 el mundo desarrollado respondía por más del 69 por ciento de las importaciones y exportaciones internacionales, en 1980 esta participación había caído al 62 por ciento en el caso de las exportaciones y al 67 por ciento en el caso de las importaciones. Por la inversa, los países en desarrollo incrementaron su participación en el comercio mundial, aun cuando este progreso está fuertemente condicionado por el tema de la recomposición del comercio de los combustibles. Basta señalar que estos productos correspondían al 7 por ciento de los valores del intercambio mundial en 1970 y que 10 años más tarde, explicaban el 21 por ciento de los mismos.

En teoría al menos, y sobre todo en lo que respecta a la primera mitad del decenio, los años 70 siguieron presididos por la voluntad de los países desarrollados de liberalizar los intercambios comerciales, mediante la reducción de los aranceles aduaneros e incluso de las barreras no arancelarias establecidas bajo el influjo de políticas proteccionistas. Los acuerdos de 1973 en esta dirección, dentro del contexto de la Ronda de Tokio, constituyeron un paso enérgico y ambicioso para llegar a 1985 a un ideal que mantenga los niveles arancelarios expresados a sus niveles mínimos. A esos acuerdos concurren varios países en vías de desarrollo, atendida la importancia de los estímulos para la promoción de las exportaciones.

El proceso de liberalización del comercio mundial en los últimos 20 años, en cualquier caso, no está al margen de complicaciones, vacilaciones e incluso regresiones. Por cierto el desarrollo de las importaciones y exportaciones ha entrañado cambios objetivos en la estructura de las ventajas comparativas de las economías nacionales, que desde luego no en todas partes coinciden con la bonanza o el mejoramiento de las condiciones de producción. Estos problemas tienden a agudizarse, mientras menor sea la velocidad de las naciones afectadas para adaptarse a los cambios y para aprovechar las nuevas oportunidades de crecimiento que abren las liberalizaciones. La situación es más crítica si se tiene en cuenta que el desafío asumido en favor de la fluidez del comercio mundial coincidió en los años 70 con niveles de desempleo crecientes, generando en torno a los compromisos asumidos una vasta red de presiones políticas adversas y que encuentran satisfacción en mecanismos administrativos que, sin anular completamente la intención de avanzar en el camino de la liberalización, entaban o difieren las tareas de la apertura al exterior. A fines de los años 70 ya era posible hablar de un neoproteccionismo, como fenómeno mundial de alcances más o menos generalizados —particularmente evidente en el caso de los productos agrícolas— y desde entonces la situación no ha mejorado.

Que los avances y desarrollos del comercio internacional han vuelto a las economías

industrializadas más interdependientes es una observación que los años 70 volvieron a consolidar. Esa interdependencia, también alcanza a las naciones latinoamericanas. La importancia relativa del sector externo de estas economías, entendido como porcentaje del Producto Interno Bruto, pasó el 26 por ciento en 1970 al 50 por ciento en 1980. En parte este salto está determinado por el crecimiento del precio relativo de las mercaderías intercambiadas; en parte se explica por el peso de los servicios financieros que gravaron a la región y, en parte en fin, por la incidencia del petróleo en las exportaciones e importaciones cursadas durante el período. Estos factores no debieran ocultar, sin embargo, que a lo largo de la década las exportaciones de la región crecieron en volúmenes físicos a un ritmo inferior al de PIB —5 contra 6,1 por ciento— a diferencia de lo que ocurrió con sus importaciones, cuyo crecimiento físico superó en algo más de un punto la tasa de incremento del producto de la región. Y tampoco debieran ocultar el descenso de la participación de América Latina en el comercio mundial —de un 5,98 por ciento en los años 60— a un 4,68 por ciento en la década pasada.

Observaciones generales

Son numerosas las observaciones que sugiere el análisis —necesariamente genérico en un trabajo de esta naturaleza— del comportamiento económico mundial en las dos décadas precedentes.

— Destaca en primer lugar a la consideración la significativa relación que ambos decenios establecieron entre los indicadores de crecimiento económico y crecimiento del comercio internacional. Quizás no sea posible inferir de este paralelismo leyes o fórmulas objetivas y de aplicación universal para la consecución acelerada del desarrollo internacional. Lo que sí está fuera de dudas es que el comercio exterior ha probado ser un conducto privilegiado y de extraordinaria eficacia para expandir el producto y para abrir oportunidades de promoción económica y social a los países en vías de desarrollo. Baste señalar que cuando el comercio se expandía en 0,5 por ciento al año, como ocurría en el mundo entre los años 1913 y 1948, la producción mundial aumentaba en promedio a tasas de sólo el 2 por ciento. Entre 1948 y 1973, en cambio, el crecimiento promedio anual del comercio mundial de 7 por ciento anual constituyó un factor que contribuye a explicar el desarrollo a tasas del orden del 5 por ciento anualmente en promedio.

— La interdependencia que envuelve la expansión del comercio internacional, entre otros efectos, amplía considerablemente el margen de responsabilidad internacional, económica y política, involucrado en la conducción económica interna de los países más desarrollados. Las naciones en vías de desarrollo se han vuelto más sensibles a los arbitrios y vaivenes de las políticas monetarias y fiscales decididas por los países desarrollados y consideraciones relevantes, ya no sólo de solidaridad ética sino de compromiso con la necesidad de preservar un marco estable para el desenvolvimiento de las relaciones económicas internacionales, obligan a ponderar las decisiones de política económica de las grandes potencias en un contexto cuyos contornos sobrepasan con mucho las fronteras de cada cual.

— Como fuente de oportunidades para el crecimiento, la expansión del comercio internacional supone de marcos formales liberalizadores que, junto con ser operativos, sean también respetados oportuna e integralmente. Los años 60 y 70 entregan evidencias concluyentes sobre las ventajas envueltas para el desarrollo económico en una concepción del comercio internacional más libre y más al margen de obstrucciones arancelarias y no arancelarias. Sin embargo, particularmente en lo que concierne a los últimos años de la

década pasada, estos períodos entregan también una medida de las debilidades que acusa el compromiso con la liberalización cuando debe operar en escenarios económicos fluctuantes, problemáticos y caracterizados por trastornos de distinta magnitud en los niveles de empleo.

— La enriquecedora experiencia que deja la expansión del comercio internacional en las fases de mayor dinamismo de los años 60 y 70 corresponde a un fenómeno de enorme complejidad histórica y técnica. Por lo mismo, no es fácil ni conveniente asimilarlo a alguna de las concepciones teóricas globales que explican los beneficios del comercio en función del aprovechamiento de la desigualdad de las dotaciones de recursos, de las ventajas de la especialización o de otras variables análogas. Más interesantes que estas explicaciones, que por lo demás siempre son relevantes para entender aspectos, episodios, áreas y dimensiones específicas del comercio internacional, parecen ser los esfuerzos encaminados a verificar las notables oportunidades de crecimiento que brinda la exportación de bienes abundantes junto a la importación de bienes escasos y los enormes perjuicios de largo plazo implícitos en las medidas restrictivas al libre flujo de intercambios comerciales a nivel mundial.

— Si bien la liberalización como decisión política y como experiencia comercial cotidiana incorpora al análisis del desarrollo económico de las dos últimas décadas un elemento de juicio concluyente y decisivo de la expansión del comercio internacional, este reconocimiento no debiera menoscabar la relevancia que tienen sobre el particular los aciertos de distintos países en la concepción de sus políticas comerciales y en sus esfuerzos por dirigir y animar su crecimiento de cara al exterior. La experiencia a este respecto de numerosas naciones en vías de desarrollo es profundamente aleccionadora y no es una casualidad que en muchos casos esas economías hayan acreditado ante las últimas crisis una resistencia y vitalidad muy superior a la de economías menos preparadas para insertarse en las corrientes del comercio internacional.

— Más que de inestabilidad —que alcanzó los caracteres de hiperinflación en varios países de la región— los años 70 correspondieron en América Latina a un período de confusión. Confusión en los mecanismos de fijación en los tipos de cambio, de avances y repliegues en la liberalización del sector externo, de retardos y descoordinaciones en los reajustes del tipo de cambio real y de creciente endeudamiento externo. No es difícil ver en algunos de estos signos deficiencias muchas veces imputables a la conducción económica interna, pero es forzoso reconocer la reducción del margen de acción de los países latinoamericanos no ya para controlar sino incluso para prevenir las oportunidades y rumbos favorables y adversos generados en la economía internacional durante una década que registró simultáneamente sucesivas recesiones, pronunciadas fluctuaciones en el valor del dólar, alzas considerables en los tipos de interés y numerosos trastornos de esta índole, aparte del alza del petróleo. Es difícil cuantificar en qué medida estas fluctuaciones comprometieron la vitalidad del sector externo de las economías de la región, o en qué medida al menos lo interfirieron, pero es un hecho que numerosas economías latinoamericanas emergieron de la década pasada a la presente con dilemas y desequilibrios extraordinariamente fuertes. Esos desequilibrios configuraron condiciones adversas para la prolongada recesión que se presentó en la economía mundial a partir de 1980.

LA ECONOMIA MUNDIAL EN CRISIS

Las características que presenta la situación económica mundial configuran una crisis de tal envergadura y profundidad que sus alcances desbordan ampliamente los de una inflexión de tipo coyuntural. El estancamiento de la actividad económica, que ha persistido por un período mucho más largo que el de anteriores recesiones en la mayoría de los países industrializados, y un desempleo generalizado, constituyen sólo dos signos importantes de la magnitud de las actuales dificultades.

Las causas inmediatas de estos trastornos se remontan, según los analistas, a la segunda alza de los precios del petróleo del año 1979. Tal encarecimiento, cuando aún la economía no había logrado reponerse por completo del golpe que representó el primer gran incremento del precio de los combustibles, provocó un desajuste de tales proporciones que perturbó, profundamente el esquema del orden económico, obligando a la adopción de medidas cuyos efectos también forman parte de la crisis que la economía mundial registra en la actualidad.

Expresado en intensificación de la dinámica inflacionaria, los nuevos precios del petróleo indujeron a los centros industriales a anteponer el objetivo de estabilidad en los precios a los de crecimiento y expansión. En la mayoría de los casos fueron adoptadas políticas, preferentemente, monetarias para la contención de las presiones alcistas. Tales opciones se tradujeron en un agudo debilitamiento del desarrollo a partir de 1980, a pesar de lo cual la estrategia seguida no ha variado en forma significativa en los años siguientes.

La restricción de la demanda a través del uso de instrumentos monetarios, sin que durante el período se hayan apreciado avances importantes en la reducción de los déficit fiscales y sin que se hayan removido las inflexibilidades en materia de precios, salarios y expectativas inflacionarias, condujo a un explosivo aumento de las tasas de interés, tanto reales como nominales. De hecho, los niveles reales del costo del dinero han alcanzado rangos que sólo admiten comparación con los vigentes durante la Gran Depresión. La consecuencia lógica de este fenómeno ha sido una drástica reducción en los niveles de inversión del mundo desarrollado.

En materia de comercio internacional, también los resultados de las cuentas corrientes de los años 1979 y 1980 fueron dramáticamente afectados por el alza petrolera. Sin embargo, en 1981 y 1982 la situación tendió a corregirse por efecto de dos acontecimientos en cierta forma relacionados: el relajamiento de las estrictas condiciones del mercado petrolero y la prolongación de la fase recesiva del mundo industrial.

A pesar que una revisión de los valores que los principales agregados macroeconómicos de la década arrojan hasta la fecha resulta desalentadora, algunos indicios de recuperación parecerían indicar que el momento crítico del ciclo recesivo estaría siendo superado. 1983 se perfila mejor que el año pasado, cuando se registraron los niveles más bajos de actividad en los últimos tres años, las más altas tasas de desempleo y la primera reducción del volumen del comercio internacional desde 1975.

La agudización de los problemas de balanza de pagos en algunos países industriales, la persistencia de altos índices de desempleo en casi todos ellos y la obstinada falta de reacción del aparato productivo, explican en gran parte los serios enfrentamientos de políticas comerciales que se han producido en el mundo industrializado. Tales conflictos insinúan peligrosos rumbos proteccionistas. La reducción del volumen del comercio

mundial observada en 1982 puede interpretarse, en buena medida, como el reflejo de esa renovada tendencia proteccionista de la economía y como una regresión lamentable en la sostenida dirección liberacionista que el intercambio comercial acusaba en los últimos años.

La producción y el empleo

Los indicadores de producción de los tres primeros años de la década del 80 fueron decididamente inquietantes. Mientras en 1980 y 1981 se observó un crecimiento levemente superior al 1 por ciento, en 1982 la expansión alcanzó sólo al 0,3 por ciento. El deterioro se atribuye a las fuertes caídas del producto en Estados Unidos y Canadá durante el primer semestre del año pasado y al debilitamiento de la producción europea en el segundo. Sólo Japón, con una tasa de crecimiento de 3 por ciento en 1982, logró escapar a la suerte que compartió el resto de los países industrializados.

Se atribuye al inesperado deterioro de la inversión fija y en inventarios y a la caída de las importaciones de los países en vías de desarrollo la frustración de las expectativas de recuperación que el mundo tenía cifradas en el segundo semestre de 1982.

El comportamiento del empleo fue, también, desalentador. Se estima que en 1982 se produjo una caída promedio de 1 por ciento en el número de personas empleadas en las siete principales economías industriales, con respecto al año anterior.

La tasa de desempleo de estos países, que alcanzaba a un promedio de 5 por ciento de la fuerza de trabajo en 1979, aumentó con rapidez en los años siguientes, llegando a niveles de entre 8 y 9 por ciento en 1982. La gravedad del fenómeno aparece de manifiesto si se considera que durante la recesión de 1975 el desempleo había alcanzado sólo al 5,5 por ciento.

Inflación y tasas de interés

Probablemente los resultados de los esfuerzos de control inflacionario aportan los únicos datos alentadores del comportamiento de las economías industrializadas durante el período.

Medida en términos del incremento del deflactor del producto agregado de las siete principales economías industrializadas, la inflación fue reducida a menos del 7 por ciento en 1982. Este avance, derivado de la aplicación de severas políticas antiinflacionarias, fue también un reflejo de la caída relativa de los precios del petróleo y de la generalizada contracción económica del mundo desarrollado.

Si bien la reducción de los índices inflacionarios permitió una disminución de las tasas nominales de interés, las tasas de interés real de corto plazo en los principales países industriales a fines de 1982 eran del orden de 4 por ciento y seguían estando muy por encima de los niveles históricos.

Comercio y pagos internacionales

También en este campo la severidad de la actual crisis económica ha comprometido la vitalidad del comercio internacional. Se observa durante el período un debilitamiento de los volúmenes transados, un deterioro en los términos de intercambio de los países productores de materias primas y una intensificación de las presiones proteccionistas en todas las economías desarrolladas.

La tendencia expansiva del comercio internacional quedó sensiblemente reducida en 1980. Al año siguiente simplemente se estancó y, en 1982, el volumen comercializado se redujo en un 1,5 por ciento en términos absolutos. Esta caída —la primera desde 1975, como se señaló— implicó un retroceso al año 1979 en términos de crecimiento del comercio.

Se atribuye el descenso no sólo a las condiciones impuestas por la contracción en los países desarrollados sino, también, a la baja de las importaciones de los países en vías de desarrollo y a la disminución de las tasas de crecimiento de las importaciones de las economías exportadoras de petróleo.

La crisis en América Latina

Más que cualquier otro momento de la época de postguerra, el crecimiento de América Latina ha estado condicionado estos últimos años por restricciones derivadas de la pobre evolución económica de los países industriales.

La prolongada recesión del mundo desarrollado ha significado para la región una caída en la demanda por importaciones. Por otra parte, la persistencia de altas tasas de interés ha contribuido a reducir la expansión de la demanda y a postergar el inicio de la recuperación.

Dentro del grupo de países en desarrollo, los indicadores de producción de América Latina son quizás los peores. En efecto, tras un crecimiento del 1,5 por ciento en 1981 —la tasa más baja registrada desde 1940— el producto de la región disminuyó en poco menos de un 1 por ciento en 1982, como resultado de la caída en la producción observada en la mayoría de los países latinoamericanos.

América Latina compartió con el grupo de países en desarrollo que son importadores de petróleo fuertes adversidades en materia de inflación, volumen y precio de las exportaciones, términos de intercambio y acceso al mercado internacional de capitales. La violenta reducción del flujo de capitales fue, especialmente, marcada en los países de la región, obligando a practicar ajustes en el sector externo de las economías del área que determinaron caídas tanto en el producto como en el ingreso. Las inyecciones de capital, que fueron las que permitieron a América Latina mantener tasas no despreciables de crecimiento durante la recesión de los años 1974 y 1975, han sido drásticamente reducidas desde los inicios de la actual crisis, con claros efectos intensificadores del ciclo recesivo.

El desempeño de la región en la captación de ahorros externos dentro del grupo de países en desarrollo no petroleros también ha sido regresivo en los últimos años. Mientras el flujo de capitales a este grupo de naciones aumentó en más de un 10 por ciento en 1980, ayudando a neutralizar el deterioro de los términos de intercambio derivado de la segunda crisis petrolera y de la recesión mundial, que ya entonces se había hecho patente —aumento que cayó el 2 por ciento en 1981—, en América Latina la entrada neta de capitales se ha reducido en una proporción cercana al 28 por ciento durante el período 1980-1982. Los países de la región, por consiguiente, se han visto más castigados por la crisis que otras economías en desarrollo y hay numerosos factores que explican este desempeño.

Tal vez el más relevante concierna al precio de las exportaciones latinoamericanas. Lamentablemente, las materias primas se ajustan a una menor demanda, a través del precio, motivo por el cual la persistencia de políticas deflacionistas en las naciones industrializadas afecta en mayor medida a los valores de las exportaciones del mundo

en desarrollo que a los valores de la producción interna de esas economías. No sin razón se ha dicho que las victorias de los países industriales en sus esfuerzos de control inflacionario se explican en gran medida por el deterioro de los términos de intercambio del mundo en vías de desarrollo.

Dada la vinculación existente entre la capacidad de generar ingresos, a través de las exportaciones, y la aptitud para recibir nuevos créditos, los elevados niveles de endeudamiento que había alcanzado América Latina jugaron obviamente en su contra para los efectos de mantener su participación durante este período en la captación de recursos externos. La banca internacional, que el año 1980 proveía casi el 70 por ciento del financiamiento externo de la región, tendió a interpretar la caída de los ingresos de las exportaciones como antesala de situaciones de insolvencia y como razón ineludible para restringirle sus créditos.

En los subidos costos que América Latina ha estado pagando durante el curso de la presente crisis no es en absoluto despreciable la incidencia de los errores de política interna perceptibles en numerosos países de la región. Hay quienes asignan a este factor gravitación determinante en el agudo deterioro de la situación. Un análisis más profundo, sin embargo, mueve a inferir que las adversidades externas han sido muy superiores a los desaciertos internos y, que aún en la eventualidad de manejos óptimos de política económica dentro de cada nación, la economía latinoamericana de todas maneras habría acusado daños de enorme significación, atribuibles, fundamentalmente, a las variables de demanda y precio de sus exportaciones y de deterioro de sus términos de intercambio.

Los desaciertos de conducción cometidos se plantearon, básicamente, en el campo del gasto fiscal, del manejo monetario, de las definiciones cambiarias y, en no pocos casos, en todos ellos simultáneamente. No siempre, como algunos creen, estos errores respondieron a negligencias de conducción o a la indolencia frente a una crisis que hacía ineludibles los ajustes. En una gran proporción las opciones que se siguieron estuvieron condicionadas por percepciones inexactas acerca de la magnitud y sobre todo de la duración que tendría la crisis. En esos errores muchas economías latinoamericanas estuvieron acompañadas por prestigiados analistas de la situación económica internacional.

El problema del endeudamiento externo

Durante los años 70 la estrategia de desarrollo seguida por América Latina asignó un destacado rol a la captación de ahorros externos. Esta opción le permitió sostener una tasa de crecimiento elevada incluso durante el ciclo recesivo registrado a mediados de esa década. Desde este punto de vista los resultados de la alternativa elegida fueron positivos. A pesar que la deuda crecía con rapidez, la capacidad de pago de estos países —sus exportaciones, en último término— aumentaba acelerada y proporcionalmente.

La elección de esta estrategia se justificaba además en atención al costo y condiciones del endeudamiento, caracterizado por tasas reales de interés muy bajas y hasta negativas, plazos prolongados y créditos pagaderos en dólares cuyo valor real se iba erosionando.

Estas circunstancias, unidas a la buena disposición de la banca internacional para proveer recursos que garantizaban su aprovechamiento en países que ofrecen buenas oportunidades de inversión, fue lo que determinó en buena parte el éxito de la trayectoria seguida por América Latina hasta fines de los años 70.

Hasta esa fecha, el monto de la deuda no representaba en sí un problema

inmanejable para las economías de la región. Estaban endeudándose, pero el crédito les permitía crecer y, especialmente, desarrollar las potencialidades del sector exportador. Los acontecimientos registrados entre los años 1981 y 1982, sin embargo, produjeron un vuelco fundamental en las condiciones económicas mundiales, especialmente perjudicial para las economías latinoamericanas.

La crisis de la deuda que afecta a muchos países en desarrollo, y particularmente a América Latina, es consecuencia principalmente de una evolución desfavorable de sus exportaciones. Cabe señalar a modo de ilustración que después de 8 años en que los ingresos de exportación de estos países aumentaban a una tasa cercana al 20 por ciento anual, en 1982 dichos ingresos apenas excedían el nivel de 1980.

Un segundo elemento determinante de la crítica situación de endeudamiento ha sido la vigencia de altos tipos de interés real. El alza de los costos del crédito afectó particularmente a los países latinoamericanos, cuya deuda fue pactada, en proporción mayoritaria, a tasas de interés comerciales. El efecto de las mayores tasas de interés es por consiguiente doblemente perjudicial puesto que, además de aumentar el costo de los nuevos préstamos, encarece también el endeudamiento preexistente pactado con interés variable.

Son fundamentalmente estos antecedentes los que permiten afirmar que la dramática conjunción de cambios adversos en la economía mundial constituyó la principal causa de la crisis que padecen la mayoría de los países de la región y la que los colocó en precarias condiciones para resistir el peso del servicio de la deuda externa.

Respecto a las proyecciones latinoamericanas, es legítimo cifrar expectativas saludables en la recuperación de la economía mundial. Sin embargo, el lento crecimiento del comercio internacional y el proteccionismo emergente de los países industriales hacen altamente improbables los superávits comerciales que estos países requieren como medio de ajuste a los desequilibrios de sus cuentas externas.

El limitado margen de acción de que disponen los países en vías de desarrollo en la hora presente podría ser ampliado a través de la provisión, por parte del mundo financiero internacional, de recursos adicionales que les permitan hacer frente tanto a los compromisos ya contraídos como a las necesidades mínimas de financiación del comercio y del desarrollo futuro. Además, debe reconocerse que los problemas de fondo de balanza de pagos no serán resueltos definitivamente mientras no aparezcan en el comercio internacional condiciones de precio y de apertura de mercados que den a América Latina las oportunidades para obtener los recursos externos necesarios para hacer frente al servicio de sus compromisos internacionales.

CAPITULO IV

LOS ALCANCES DEL NUEVO PROTECCIONISMO

La inclusión del tema del proteccionismo en este trabajo, más que a una selección libre y deliberada, responde al peso de los hechos producidos en los últimos años. Lo que en 1979 eran más bien temores, cuando el XII Consejo de Gobernadores de FELABAN reunido en La Paz debatió el asunto, hoy día son simplemente lamentables verificaciones

del retroceso que han experimentado la fluidez y liberalidad del intercambio comercial internacional. El neoproteccionismo desbordó la etapa en que se reflejaba en indicios aislados y en síntomas más o menos débiles. En la actualidad ha llegado a ser una práctica y una experiencia de alcances extendidos y una amenaza seria a los propósitos y estrategias de recuperación económica que alientan los países en vías de desarrollo.

El cambio que se ha producido desde 1978, si bien fue advertido, sobrepasó tanto la envergadura como la velocidad que las estimaciones de la época le atribuían para los años siguientes. El fenómeno neoproteccionista, por otra parte, ha sido un hecho relevante en la desalentadora evolución que ha observado la economía mundial en los últimos años y es un dato con el cual, en medida muy importante, el proceso de endeudamiento externo de América Latina no contaba.

Corresponde por lo mismo, en este nuevo contexto, volver sobre el tema para revisarlo desde la perspectiva ampliada en que lo han situado los acontecimientos de los últimos años. El enfoque necesariamente debe ser diferente porque no sólo ha coincidido con la prolongada crisis económica mundial sino también porque, muy probablemente, el fenómeno es parte constitutiva de esa crisis.

La vuelta atrás

El Instituto Nacional de Investigaciones Económicas y Sociales que funciona en Londres, estimó que en 1980 casi un 48 por ciento del comercio mundial había sido afectado por estrategias proteccionistas, dando lugar a lo que el mismo estudio designaba como **comercio dirigido**, en el cual los intercambios están sujetos a algún control no arancelario por el exportador, el importador, o por ambos a la vez, y que por lo tanto no está determinado —ni en sus volúmenes ni en sus contenidos— por las fuerzas del mercado.

Seis años antes esa proporción ascendía al 40 por ciento del comercio mundial solamente. El estudio demostraba que en el rubro del comercio manufacturero la regresión experimentada había sido especialmente drástica si se tiene en cuenta que en 1974 sólo el 13 por ciento del mismo era objeto de interferencias proteccionistas mientras que en 1980 el segmento comprometido había saltado al 23,5 por ciento.

Las protecciones no arancelarias comenzaron a extenderse con velocidad creciente a partir de 1974 en las economías de los países desarrollados. Hasta antes de ese año, y por lo menos desde la última postguerra, había tenido lugar una liberalización que, si bien registró deserciones episódicas, fue sostenida y creciente. Las contribuciones de este período al desarrollo del comercio internacional quedaron acreditadas en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en la formalización de principios como los de reciprocidad y no discriminación y en la conquista de mecanismos de promoción y estímulo al comercio mundial como los envueltos en la cláusula de nación más favorecida. El esfuerzo liberalizador ganó gradualmente terreno en la reducción de los aranceles, pero la verdad es que respecto de las barreras no arancelarias sus alcances fueron más bien limitados.

El Fondo Monetario Internacional (FMI) ha señalado que mientras en 1974, 40 países miembros imponían sobretasas a las importaciones, en 1979 lo hacían 60. La misma institución verificaba que a partir de 1979 más de la quinta parte del comercio mundial estaba cubierta por medidas proteccionistas en el caso de los productos manufacturados y que la situación era obviamente mucho más dramática en el caso de los

productos agrícolas de zona templada, que constituyen aproximadamente la tercera parte del comercio mundial.

Se atribuye el incremento del proteccionismo a la incapacidad de los países industrializados para adaptarse a las adversidades generadas por las recesiones y por las complicaciones financieras que han alcanzado al mundo en vías de desarrollo en el último decenio. Efectivamente, como en numerosas oportunidades se ha observado, el sentimiento proteccionista florece más en tiempos difíciles y, ante el aumento de las dificultades, las naciones tienden a olvidar las lecciones que dejan los errores del pasado y las objetivas ventajas del aperturismo comercial.

Que en la conciencia de la opinión pública internacional esas lecciones y esas ventajas siguen gravitando, sin embargo, como lo prueban los enfáticos pronunciamientos en contra del proteccionismo de parte de líderes, gobernantes y elevados funcionarios, demuestra que tal vez no todo está perdido, por numerosos que sean los casos donde los hechos desmienten y contradicen a las palabras. Estas contradicciones son por cierto muy lamentables, pero objetivamente dan cuenta de una suerte de mala conciencia que se intenta revestir de buenos propósitos e intenciones.

Sólo en los Estados Unidos las iniciativas que se han barajado en los últimos tiempos en dirección opuesta a la liberalización implicarían daños todavía más serios en los ya obstruidos canales del comercio internacional de productos como automóviles, acero, manufacturas y, lo que es peor, podrían encender los detonantes de una guerra comercial de alcances generalizados y efectos impredecibles. El caso norteamericano no es el único, si bien puede ser el más influyente dada la participación de ese país en las exportaciones e importaciones mundiales. De hecho, sin embargo, otras naciones han llevado el proteccionismo bastante más lejos.

El nuevo proteccionismo y sus causas

De todas las causas del resurgimiento de las tendencias proteccionistas que se han apoderado de numerosos frentes de la economía mundial, la recesión de 1974-1975 y la prolongada crisis que se hizo presente a partir de 1980 aportan probablemente las más evidentes. Pero, en contra de lo que a menudo se cree, no son las únicas.

La reversión del proceso liberalizador del comercio mundial es también una reacción a los riesgos que comporta la interdependencia de los países y una forma de prevenir en el corto plazo las incidencias adversas en las propias economías. Esta causa del avance del proteccionismo no es de índole coyuntural y será difícil removerla mientras los niveles de coordinación y cooperación entre las economías desarrolladas, y de ellas con las naciones en vías de desarrollo, no mejoren substancialmente.

Sin embargo, más allá de esta circunstancia, que ha corroido lentamente los marcos de liberalización del comercio internacional, el deterioro de las tasas de desempleo ha generado, por su parte, presiones difíciles de resistir políticamente para restringir los volúmenes de importación. La tendencia de atribuir a la expansión del comercio internacional el cierre de muchas fuentes de trabajo y el debilitamiento del empleo oculta con frecuencia, en realidad, problemas serios de productividad de la mano de obra en muchos países y subestima la incidencia que tuvo la caída de la demanda en el problema, a raíz de las dos recesiones que se presentaron en el breve período de seis años.

Los nuevos dispositivos de protección revelan desgraciadamente una notable falta de energía política para afrontar realmente esos problemas allí donde se produjeron y constituyen una especie de sedante para eludir los severos ajustes que la situación impone.

Existen reiterados estudios y evidencias que señalan que el efecto de las importaciones sobre el empleo en las economías industrializadas es muy inferior al que se cree. En Gran Bretaña, por ejemplo, entre los años 1970 y 1975, las industrias del calzado y del vestuario perdieron, respectivamente, sólo el 0,4 y el 1,7 por ciento de su fuerza de trabajo a raíz de las importaciones. Siendo así, constituye una quimera pretender que el proteccionismo podrá resolver los problemas de empleo con la velocidad y eficacia que algunos creen. La experiencia demuestra más bien que el proteccionismo gravita sobre el nivel de los salarios en numerosos rubros industriales, en la medida en que la apertura comercial deja ver grados muy diferentes de productividad entre las distintas áreas de la economía. El proteccionismo ofrece de alguna manera un manto sofisticado para ocultar esas diferencias y para mantener la ficción que significa establecer remuneraciones uniformes en áreas donde la productividad es diferente.

Otros de los factores que se han concertado en favor del proteccionismo conciernen a la creciente competitividad en los mercados internacionales de las manufacturas provenientes de los países en desarrollo —lo cual envuelve un problema de costos de la mano de obra—, al aumento excesivo de la capacidad instalada de algunos sectores productivos, a las perturbaciones monetarias y cambiarias de la última década y a la socorrida creencia en orden a que el establecimiento de protecciones da tiempo para practicar en forma gradual y menos dolorosa los ajustes estructurales necesarios para enfrentar las nuevas tendencias del comercio mundial.

Desgraciadamente, sin embargo, existen sobradas razones para temer que esa creencia, lejos de facilitar el ajuste, termina haciéndolo imposible desde el momento en que la protección pasa a ser percibida no como una medida de emergencia sino como un derecho adquirido de los sectores favorecidos por ella. Por lo mismo, no es enteramente realista considerar el fenómeno proteccionista como transitorio y coyuntural de estos años de crisis, a menos desde luego que exista el coraje suficiente para atender a las orientaciones del mercado internacional y provocar las reasignaciones de recursos que actualmente están siendo reprimidas. De más está señalar que mientras más tardío sea ese esfuerzo, más altos y perturbadores serán sus costos.

No hay que descartar en los contratiempos que ha experimentado el proyecto liberalizador la incidencia de las pronunciadas fluctuaciones del sistema monetario internacional. El problema excede ampliamente al de las complicaciones que puede haber comportado el tránsito de un sistema de cambios fijos a un régimen de cambios flotantes. Por sí solo este hecho no explica los sobresaltos en los flujos comerciales de los últimos años, en el supuesto que tales oscilaciones han correspondido a variaciones objetivas en las condiciones económicas y financieras básicas de los países respectivos. Lo que sí constituye una condición adversa al comercio mundial es la excesiva inestabilidad de las monedas. Se cree, por ejemplo, que las presiones recientes en favor de una mayor protección provienen en gran medida de la sobrevaluación del dólar y de hecho los controles que se decidieron sobre las importaciones de acero, textiles y vestuarios coincidieron con el período en que tal desequilibrio fue más crítico. Un estudio específico sobre la materia, circunscrito a las relaciones comerciales entre Japón y Estados Unidos, indica que, bajo paridades más equilibradas que las que existieron entre el yen y el dólar en 1981, el desequilibrio comercial entre los dos países podría haber sido entre un 12 y un 30 por ciento menor, aproximadamente, al que efectivamente se produjo. De haber sido así, es lógico pensar que las presiones proteccionistas norteamericanas habrían sido proporcionalmente menores.

En el caso de los países en desarrollo, y muy especialmente en América Latina, el

proteccionismo se presentó un tanto más tarde que en las naciones industrializadas. Muchos de estos países se inclinaron en esta dirección una vez que la crisis de 1980 ya se había hecho patente, de suerte que por lo menos respecto al comercio entre ellos lograron aprovechar mejor las oportunidades de crecimiento ofrecidas por la breve recuperación de los años 1976 a 1979. En numerosos casos la adopción de protecciones en estos países ha estado determinada básicamente por problemas de pagos externos, como lo ilustra la experiencia de las naciones latinoamericanas del Cono Sur.

El nuevo proteccionismo y sus manifestaciones

No es fácil identificar los mecanismos de los cuales el nuevo proteccionismo se ha valido en los últimos años. Sus expedientes son muy variados, a menudo está encubierto en complejos trámites administrativos y normalmente están al margen de la esfera de la jurisdicción internacional.

El sentido directo o indirecto que poseen estos mecanismos es atenuar, al nivel de la experiencia práctica, la eficacia de las reducciones arancelarias con el objeto de controlar el flujo de las importaciones.

En su obra **El Nuevo Proteccionismo**, un prestigiado estudioso del tema, Moisés Lejavitzer, entrega la siguiente clasificación de estos mecanismos:

1. Restricciones no arancelarias

Han servido de contrapeso a la reducción de las barreras aduaneras y han sido utilizadas con mayor intensidad por la Comunidad Económica Europea, en relación al uso que han hecho de ellas Japón y Estados Unidos. Estas restricciones pueden ser:

a) Cuantitativas

Se manifiestan en cupos, cuotas o contingentes, cuando no en prohibiciones simples, de determinados rubros de importación. La CEE, ha establecido, por ejemplo, un cupo a la carne de procedencia latinoamericana. El alcance de estas restricciones puede ser bilateral, global o discrecional.

b) Salvaguardias

Este es un mecanismo amparado por el GATT y su finalidad es proteger el equilibrio de la balanza de pagos o prevenir perjuicios graves sobre los productores nacionales. Su naturaleza es eminentemente transitoria y en la práctica ha sido poco utilizado debido a las dificultades que plantea apelar a él.

c) Otras restricciones

Comprenden principalmente las licencias —que pueden ser liberales, automáticas o discrecionales—, las normas técnicas de envases, marcas y etiquetas y las barreras sanitarias. Es difícil determinar cuál es el peso real del proteccionismo en estas restricciones, pero no cabe duda alguna que es bastante alto cuando las licencias o las normas técnicas van acompañadas de limitaciones cuantitativas. Pertenecen a este grupo de restricciones los impuestos discriminatorios, los derechos variables y las restricciones estacionales, entre otras.

2. Medidas compensatorias

Están contempladas en la reglamentación del GATT, principalmente para corregir las distorsiones generadas por las prácticas del dumping. Son medidas que no tratan de dar mayor protección a la industria afectada, sino neutralizar condiciones de competencia desleal. Se justifican, por cierto, sólo en tanto subsistan las condiciones que inducen a establecerlas.

Las principales son:

a) Derechos antidumping y compensatorios

Se han aplicado con mayor frecuencia desde 1973 y han perjudicado en forma apreciable a la producción manufacturera latinoamericana. La eficacia que tienen es tal que suelen inducir a los productores extranjeros a limitar automáticamente sus exportaciones ante la posibilidad de estar obligados al pago de derechos adicionales. Normalmente estos derechos anulan muchos de los estímulos a las exportaciones establecidos por los países en vías de desarrollo.

b) Procedimientos antidumping ampliados

Bajo una primera modalidad, disponen que el precio del producto importado se fija sobre la base del productor más eficiente del mundo. A diferencia de la definición del GATT, en este caso de dumping no se considera el precio del producto en el mercado del país exportador. Bajo este régimen operan las importaciones de acero a los Estados Unidos. La segunda modalidad corresponde a la de fijación de precios mínimos de importación basados en los costos de producción normales mínimos en los países proveedores. En este caso el importador que obtiene un precio inferior al mínimo debe depositar la diferencia entre éste y el más bajo del mercado hasta que finalice el procedimiento antidumping. Esta medida de protección, aplicada a las importaciones de acero a la Comunidad Económica Europea (CEE), podría en el futuro causar enormes perjuicios a los productos latinoamericanos que cuentan con ventajas comparativas

3. Convenios de restricción "voluntaria"

Son probablemente el expediente más utilizado por el neoproteccionismo.

En estos acuerdos el país exportador se compromete a limitar sus envíos a petición del país importador dentro de márgenes considerados normales para la competencia. Por cierto las negociaciones dan ventaja al país más poderoso y ello explica que hayan constreñido el acceso a los mercados internacionales de manufacturas intensivas en mano de obra, producidas por países en vías de desarrollo.

La participación de los gobiernos en estos acuerdos no siempre es directa. A veces corresponden a fórmulas negociadas de industria a industria, pero que cuentan con la complicidad de sus gobiernos.

Como ocurre con casi todas las formas de protección no arancelarias, estos acuerdos pueden responder a objetivos legítimos toda vez que permitan a los productores nacionales adecuar sus estructuras de costo al comercio internacional. De lo contrario se transforman en amparos a la ineficiencia.

Acuerdos de esta naturaleza han debido ser suscritos por diversos países en desarrollo, especialmente en el rubro de textiles y vestuarios.

4. Acuerdos de comercialización regular

Estos acuerdos se caracterizan por la intervención directa de los Estados en negociaciones de carácter multilateral. El acuerdo multifibras fue conseguido por este conducto y es sintomático que su vigencia —inicialmente transitoria— se haya prorrogado ya en dos oportunidades.

5. Acuerdos de organización del comercio mundial

Bajo esta modalidad se concibe la posibilidad de un acuerdo de alcance mundial a partir del mismo esquema de los acuerdos de comercialización regular. El objetivo de esta protección, de la cual hasta hoy no hay precedentes, sería limitar los niveles específicos de importaciones de bienes competitivos de distintos países. Se cree que por este conducto las economías industrializadas tratarían de prevenir el aumento del desempleo en determinados sectores.

El nuevo proteccionismo en acción

Se señalan a continuación algunos sectores del comercio internacional donde el nuevo proteccionismo va camino de convertirse en epidemia. Las observaciones se basan en antecedentes contenidos en el libro de M. Lejavitzer, ya citado.

1. Industria textil y del vestuario

Los textiles y las prendas de vestir representaban en 1973 el 35 por ciento de las exportaciones de los países en desarrollo. Cinco años después, en 1978, esa proporción cayó al 30 por ciento. El mismo fenómeno fue perceptible en América Latina, donde estos productos redujeron su participación entre las exportaciones desde el 21 al 13,7 por ciento en el mismo período. Se atribuye esta declinación relativa a la diversificación e incremento de las exportaciones, por un lado, y al efecto de medidas proteccionistas, por el otro.

Desde 1974 el comportamiento del comercio mundial de estos productos está absolutamente condicionado por el Acuerdo Multifibras, que se ha transformado en el único conducto a través del cual los países exportadores —más de 40 en la actualidad— pueden llegar a los mercados de los países desarrollados. El acuerdo tiene vigencia hasta mediados de 1986 y en su texto original dispone que los exportadores deben concertar convenios específicos con los países importadores para definir las tasas anuales de incremento de sus cuotas. Con ocasión de la última prórroga del acuerdo, las restricciones se hicieron más severas, las condiciones operativas más drásticas y las posibilidades de entrar a participar en este mercado más difíciles.

El mercado textil y del vestuario tiene a nivel mundial aranceles superiores al del resto de las manufacturas, que han permanecido incluso con posterioridad a las reducciones de la Ronda de Tokio.

Para los países en desarrollo, con costos bajos de mano de obra y productividad en ascenso, el Acuerdo Multifibras tiene implicaciones especialmente adversas y representa un freno a su capacidad exportadora. Es bastante improbable que el acuerdo esté facilitando la adaptación de este rubro industrial en los países industrializados a las nuevas realidades del comercio mundial.

2. Calzado y manufactura de cuero

En este sector los avances conseguidos por los países en vías de desarrollo son destacados. Sus exportaciones cubrieron el 66 por ciento de la demanda interna de calzado en Alemania Federal, el 42 por ciento en Inglaterra y el 47 por ciento en Estados Unidos. Estos progresos están determinados por la disponibilidad de materia prima en los países de origen, por las restricciones que han impuesto a las exportaciones de cuero en bruto y por el establecimiento de plantas industriales en ellos, que han aprovechado claras ventajas comparativas. Estados Unidos fue el único país que aplicó derechos compensatorios a estas importaciones entre 1977 y 1980.

3. Acero

La industria del acero quedó sobredimensionada a nivel mundial desde 1974 en las naciones industrializadas, por efecto de la contracción de la demanda y la expansión de la capacidad productiva, especialmente de Japón y de varios países en desarrollo. En 1978 Estados Unidos implantó un mecanismo de precios de activación y la Comunidad Económica Europea estableció un régimen de precios mínimos acompañado de programas de antidumping, cuya vigencia ha sido prorrogada.

El acceso de los exportadores al mercado norteamericano del acero está circunscrito en la actualidad al 5,12 por ciento del mismo, según restricciones que debieran expirar en 1985.

4. Automóviles

En general, las restricciones al comercio de automóviles han sido establecidas en acuerdos bilaterales. Japón ha debido frenar sus exportaciones a Estados Unidos y a Canadá. El mercado europeo también está sobreprotegido y en la misma dirección han evolucionado algunos países en vías de desarrollo por efecto de los problemas de la balanza de pagos que están soportando.

5. Productos químicos

Se esperan en este sector fuertes restricciones a raíz de la aguda declinación de la demanda y de la expansión de la capacidad productiva en América Latina y Medio Oriente. Las actuales dificultades han generado incluso fricciones entre Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea.

6. Productos agrícolas

En promedio se estima que el nivel de protección a la agricultura es tres veces superior al de la industria manufacturera. Además de las restricciones que aplica cada país por sí mismo o en virtud de acuerdos bilaterales, el comercio internacional agrícola está también condicionado por convenios internacionales en rubros como el café, el azúcar, los productos lácteos, los cereales y la carne. Son frecuentes en este sector los subsidios a las exportaciones y los niveles de precios sostenidos al margen de las realidades del mercado.

7. Comercio de servicios

El comercio internacional de servicios no ha sido menos vulnerable que el de mercaderías al avance del neoproteccionismo. Sus rubros más afectados han sido el

transporte de carga y pasajeros, los seguros, los servicios portuarios, las telecomunicaciones y los servicios financieros, entre otros. Según cálculos autorizados, hay más de 2 mil barreras al comercio mundial de servicios en la actualidad y, como ha quedado señalado, muchas de ellas constituyen limitaciones objetivas para la fluidez de los intercambios de mercaderías.

El creciente grado de restricciones que afectan a la competencia de la industria financiera en numerosos países, al excluir o limitar las transacciones de bancos extranjeros, es un buen ejemplo de las presiones autárquicas que se han estado imponiendo en este sector del comercio mundial.

Efectos del neoproteccionismo.

Las difíciles condiciones que el neoproteccionismo está imponiendo al comercio internacional están en definitiva destruyendo la principal fuente del desarrollo económico y social de las naciones desde la postguerra en adelante. Para los países en desarrollo sus efectos son particularmente adversos, por cuanto en mayor o menor medida todos ellos han estado empeñados en arduos esfuerzos para orientar su crecimiento hacia el exterior como estrategia para franquear las limitaciones que plantea a la actividad productiva el tamaño de sus mercados internos o la debilidad de la demanda de su población.

La situación es crítica sobre todo en el caso de la industria manufacturera que estas naciones hayan podido desarrollar aprovechando la abundancia de materia prima, la mano de obra de menor costo relativo y la incorporación de tecnologías de complejidad intermedia. En este rubro numerosas economías en vías de desarrollo han alcanzado excelentes posiciones competitivas que están siendo socavadas y neutralizadas día a día por el creciente estrangulamiento y asfixia del comercio mundial. El proteccionismo constituye en el fondo una descalificación burocrática al concepto de ventajas comparativas y entraña una negativa a las posibilidades de competir en mercados más amplios que los nacionales.

En el caso de los países en desarrollo el fenómeno del proteccionismo no sólo comporta menores expectativas de crecimiento para el futuro sino también descensos importantes en los niveles de vida que han alcanzado muchas de las naciones damnificadas por las restricciones al comercio internacional. A menudo la dependencia de sus economías del sector externo es más elevada que en los países industrializados y tienen menor flexibilidad para soportar —aun por períodos breves— las moratorias que se están adueñando de amplios segmentos del comercio mundial.

Entre los países de la región, los estudios colocan a Brasil, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Argentina y México como los más afectados por los avances del proteccionismo. Algunas de estas naciones ilustran también la dinámica envolvente que caracteriza al proteccionismo como fenómeno histórico, ya que no sólo condena a las economías que lo padecen a menores oportunidades de crecimiento sino que, además, con frecuencia también las obliga a adoptarlo como norma de conducta para corregir por esta vía los desequilibrios que produce. Está demostrado, por otra parte, que el proteccionismo tiene efectos multiplicadores insospechados y que incluso suele legitimarse en consideraciones tan precarias como la imitación o el simple temor.

Aunque menos dramáticos en lo inmediato que en el caso de las naciones en vías de desarrollo, para los países industrializados los efectos del nuevo proteccionismo son igualmente perniciosos dentro de una perspectiva de mayor plazo. Por de pronto introduce y justifica dentro de esas economías niveles de ineficiencia que se hacen pagar

en términos de menor crecimiento y de profundas distorsiones en el aparato productivo. El proteccionismo suele ser un buen aliado de la inflación y del relajamiento de la productividad. Su falacia consiste en que, ofreciendo un resguardo a cierta producción nacional, termina en definitiva imponiéndoles un castigo discriminatorio a los productos nacionales no favorecidos con los mismos grados de protección.

En su informe sobre el desarrollo internacional de 1983, el Banco Mundial estimó las consecuencias que tendría para los distintos grupos de países un incremento del 15 por ciento de las tarifas arancelarias en términos de deterioro anual sobre el producto. Los resultados que arrojó ese estudio son concluyentes. El deterioro significaría 9 mil millones de dólares para los países de bajos ingresos; 70 mil millones de dólares para las naciones de ingresos medios importadoras de petróleo, y 300 mil millones de dólares para las economías industrializadas. Las cifras permiten destacar los fuertes perjuicios ante las alzas de tarifas o ante restricciones al comercio de efectos parecidos que deberían soportar los países de ingresos medios y altos en términos relativos e inducen a pensar que sólo en el caso de economías agrarias tradicionales los efectos, siendo graves, podrían ser manejables.

Con todo, estas cifras no cuantifican los costos del proteccionismo en términos de distorsiones sobre la distribución del ingreso en las economías industrializadas ni dan cuenta, tampoco, de las pérdidas en materia de eficiencia que trae consigo toda barrera —arancelaria o no— interpuesta en las corrientes del comercio internacional.

Invariablemente las limitaciones al comercio son adoptadas con carácter temporal, con el fin aparente o real de facilitar la transformación ordenada de las estructuras productivas de un sector de la economía para enfrentar la competencia. La experiencia indica que una vez establecidas, las medidas protectivas tienden a perpetuarse y, en casos como los de la industria textil, a tornarse más rígidas y de mayor alcance.

Nada favorable pueden esperar los países en desarrollo, y especialmente los latinoamericanos, de las restricciones al comercio internacional. Ellas significan en síntesis:

- Menor participación en el comercio mundial, sobre todo en el área de los productos manufacturados.
- Condiciones represivas para el desenvolvimiento de los sectores de mayor dinamismo de sus economías y neutralización del concepto de ventajas comparativas.
- Neutralización de las políticas de fomento a la producción de bienes exportables.
- Declinación del sector externo de sus economías y desaliento a la eficiencia necesaria para aprovechar las ventajas comparativas.
- Congelación de la actual estructura del comercio mundial.
- Participación en negociaciones bajo condiciones designadas.
- Drásticas reducciones en los flujos para servir los compromisos externos.

CAPITULO V CONFRONTACION O CONSENSO

Resulta obviamente imposible a estas alturas del proceso de desestabilización del modelo internacional de relaciones económicas —trastocado ya por dos violentas recesiones en menos de una década— pretender que los grandes problemas de contracción de la producción, de iliquidez de la economía, de asfixia del comercio y de debilitamiento del sistema financiero mundial puedan ser aislados unos de otros o que la solución a los mismos es responsabilidad sólo de algunos países y no de todos.

La forma en que ha estado siendo encarada la crisis es vulnerable a numerosos reparos. Hay poderosas razones para dudar acerca de la eficacia de los pasos que ya se han dado en favor de una pretendida recuperación que todavía tiene más de aspiración que de realidad. No sólo es legítimo, sino también ineludible, colocar en tela de juicio la distribución de los costos que la crisis actual ha involucrado para las economías desarrolladas y para las naciones en vías de desarrollo que son importadoras de petróleo. Existe, en fin, una completa incertidumbre acerca de la capacidad de la estrategia que se ha seguido para colocar de nuevo a la economía mundial en posiciones más próximas a su equilibrio. El escepticismo internacional a este respecto es inquietante y las condiciones bajo las cuales se divisa el futuro son tremendamente desalentadoras.

Por lo que cabe al caso de los países latinoamericanos —lastimados ya en el 5 por ciento de su ingreso en los últimos tres años— es dudoso por de pronto que los programas de ajuste recomendados y exigidos con ocasión de las instancias de renegociación de las deudas externas puedan garantizar efectivamente el cumplimiento de los compromisos financieros internacionales contraídos, que es el primer y fundamental objetivo que persiguen. La duda respecto de la eficacia de esos programas para que los países que los están aplicando puedan retomar la ruta de su crecimiento es todavía mayor. La sola contracción de la demanda agregada interna, como fórmula para enfrentar los problemas de balanza de pagos, puede tener en algunos casos resultados satisfactorios en el corto plazo, en términos de descongestionar las cuentas externas, pero por sí sola no basta para despejar el problema del endeudamiento ni menos todavía para levantar las obstrucciones que siguen bloqueando las perspectivas de desarrollo de los países de la región.

La extendida creencia en orden a que la recuperación más o menos rápida de las economías industrializadas será suficiente para apartar al mundo en vías de desarrollo del abismo, peca de una falta de realismo y comporta una incapacidad para la asimilación de las lecciones que han dejado estas crisis. Semejantes pronósticos olvidan el carácter estructural y global de los problemas que se han producido y encubren una especie de exhortación a dejar las cosas como están. Intentan resolverlo todo persuadiendo a los países en desarrollo para que acepten la peor parte en este juego e interpretan la crisis sólo como un contratiempo serio en los programas de crédito y de cobranza.

El riesgo que envuelven estas simplificaciones es altísimo y ni siquiera hace falta describirlo. Mientras en los programas de ajuste siga quedando afuera el reconocimiento cabal al deterioro de los términos de intercambio, al insostenible nivel de las tasas de interés, a las severas limitaciones que el proteccionismo ha impuesto al comercio internacional y a la súbita restricción de los flujos financieros externos a los países de la región, lo más probable es que la crisis, lejos de disiparse, se agudice todavía más con consecuencias lamentables para todos.

El manejo de la crisis económica actual exige especial altura de miras y una singular capacidad técnica para visualizar los problemas más allá de su horizonte de corto plazo.

Requiere al mismo tiempo una dosis apreciable de energía y voluntad política para emprender las rectificaciones sobre una base de consenso, compromiso y equidad, aceptable para todas las partes involucradas en la emergencia, esto es, países acreedores, países deudores, instituciones financieras multilaterales y banca privada internacional.

La agenda para esta acción conjunta debe hacerse cargo por cierto de la necesidad de definir estrategias que permitan afrontar los problemas de deuda externa del mundo en vías de desarrollo, pero debe cubrir asimismo la necesidad de alcanzar compromisos amplios en materia de transferencia de recursos y de liberalización del comercio internacional. Hasta el momento estos temas han sido dejados de lado —sólo se han dado algunas soluciones a los problemas de liquidez— y esta omisión es la que induce a pensar que, a pesar de todas las negociaciones realizadas y de todos los ajustes introducidos, la situación de largo plazo no ha mejorado y la región continúa debatiéndose entre deudas muy elevadas y programas de austeridad que impiden al aparato productivo reaccionar.

Consenso y globalidad

Estando condicionado el servicio de la deuda a definiciones razonables de costo y de plazo y a la capacidad que los países de la región puedan desarrollar para generar ingresos, principalmente a través de sus exportaciones, la corrección de las distorsiones al comercio internacional que ha introducido el proteccionismo es un cometido que no admite mayores dilaciones. Es cierto que el deterioro de los ingresos de América Latina refleja en gran parte un problema de caída en los precios de los productos que exporta, los cuales se mantendrán deprimidos mientras las economías industrializadas no puedan ponerse de nuevo en marcha. Sin embargo, aun en esa eventualidad todo hace pensar que la región no podrá recuperar automáticamente el nivel que alcanzaron sus exportaciones en el pasado, en términos de volumen y de valores, dados los amplios enquistes proteccionistas que se han levantado en numerosos mercados en los últimos tres años, a raíz de la crisis.

La primera prioridad para encarar la crisis en forma global, por consiguiente, supone una profunda revisión de las políticas de comercio exterior en que se ha empeñado el mundo industrializado, con enormes perjuicios, actuales o inminentes, para las economías de la región y para el fortalecimiento de la capacidad de pago de América Latina.

En este desafío existe de hecho una amplia zona de intereses compartidos entre las naciones acreedoras y las naciones deudoras. Para asumirlo es fundamental dejar de mirar la actual crisis bajo el prisma excluyente de los intereses que cada país, aisladamente considerado, tiene comprometidos en ella. El problema de endeudamiento más que un problema de pagos es de capacidad para generar recursos por la vía de las exportaciones en función de un esfuerzo que involucre tanto a la región como al mundo industrializado.

Es cierto que no basta para tales efectos un marco para el comercio mundial substancialmente más liberalizado que el actual. Siendo insuficiente como solución global, es, en todo caso, un primer paso hacia ella y es además un paso a partir del cual es concebible avanzar hacia el mejoramiento de los términos de intercambio que es la segunda gran cuenta pendiente para la recuperación de los países de la región.

Sólo entonces podrán abordarse en condiciones razonables los problemas que plantea el perfil del endeudamiento externo de la región. Desgraciadamente cuanto se ha hecho hasta el momento ha comenzado por aquí, en términos que por lo demás han sido abiertamente insatisfactorios si se tiene en cuenta que América Latina ha debido emerger de los procesos de renegociación de sus compromisos con endeudamientos ostensiblemente más caros a los que registraba antes de entrar a ellos.

El rol que les cabe a las instituciones financieras multilaterales dentro del esfuerzo compartido de recuperación, saneamiento y desarrollo, es de gran importancia. Estas deben allanarse a desempeñar con mayor energía y dinamismo sus responsabilidades en la transferencia de recursos y transformarse en genuinas instancias de compromisos recíprocos entre acreedores y deudores, en favor de un desarrollo económico conjunto, sostenido y ordenado.

Probablemente desde ningún otro ámbito se puede tener una visión más amplia de las implicaciones de la actual crisis como desde las agencias financieras multilaterales. Esa perspectiva, junto con constituir un privilegio, entraña también una ardua responsabilidad en la entrega de orientación relevante no tan sólo para provocar acuerdos y consenso, sino también para representar en forma oportuna las prácticas y medidas de política económica interna que adoptan las naciones industrializadas con efectos especialmente perturbadores para el equilibrio de las relaciones económicas internacionales. La situación es tal que no es una ironía afirmar, por ejemplo, que tanta o mayor disciplina fiscal requieren los países acreedores que los deudores y tanta responsabilidad de éstos como de aquéllos es tomar las decisiones para evitar al sistema financiero internacional quebrantos todavía más serios de los que está sorteando en la actualidad.

Como garantes del crecimiento de la liquidez internacional, de la moderación de las tasas de interés y de un compromiso más estrecho en los próximos años con la causa del desarrollo, a esas agencias les corresponde diseñar los mecanismos para superar los problemas financieros de la economía mundial y además ir anticipando las bases para un modelo de convivencia económica más favorable que el actual al crecimiento y más justo en la distribución de sus oportunidades.

Dentro de un marco que consulte la eliminación de las prácticas proteccionistas, que incorpore a la experiencia comercial Norte-Sur medios tendientes a mejorar los términos de intercambio y que asegure flujos de capital estables para el financiamiento del comercio y el desarrollo de América Latina, no hay duda que los actuales niveles de endeudamiento de la región no sólo tenderían a decrecer sino que además los países del área volverían a quedar en condiciones de demandar del mundo industrializado mayores importaciones. El nivel de éstas en la actualidad, producto de los drásticos ajustes que la región ha debido practicar en sus economías, es incompatible con la posibilidad de una reactivación vigorosa —particularmente en lo que tiene de insuficiente en el rubro de bienes de capital y equipos— y su descenso ha sido un factor de considerable gravitación en el proceso recesivo de los países industrializados. Por lo mismo, del repunte de las importaciones de la región el mundo industrializado tiene también mucho que ganar.

El papel que le corresponde desempeñar a la banca internacional en el programa conjunto de recuperación de la economía mundial es especialmente decisivo frente a los países de la región, cuya situación de liquidez se ha visto afectada por fuertes disminuciones en los flujos de capital que estaban recibiendo. Salta a la vista que ni a las economías deudoras ni a la banca internacional les conviene radicalizar la situación y ésta debiera ser una consideración básica para aproximar las posiciones y manejar los problemas dentro de un contexto que, sin suponer condonaciones, tampoco sacrifique los objetivos del desarrollo económico de los países deudores al servicio de los intereses y amortizaciones. Es probable que las autoridades monetarias centrales de los países industrializados deban garantizar a la banca internacional los recursos necesarios para facilitar la reestructuración de los volúmenes de endeudamientos, en términos de plazo y de costos, y los niveles adecuados de nuevos créditos que la región necesita para sostener su participación en el comercio internacional y en el proceso de desarrollo.

Ninguna de estas iniciativas por cierto reduce la responsabilidad de los países en desarrollo para instrumentar los manejos de política económica congruentes con las dificultades del momento. Las naciones de América Latina, específicamente, ya han avanzado bastante en esta dirección, pero lo han hecho a un costo que comporta gravísimas tensiones sociales y políticas en el área y que ha reducido hasta niveles insostenibles el margen de posibilidades para empujar su propio crecimiento. Conviene insistir en que la fórmula tradicional de ajuste, fundada en la modificación de los precios relativos en favor de los bienes exportables y en la contención del gasto público y de la oferta monetaria, tiene sentido para corregir la expansión exagerada del gasto, pero no permite rectificar desequilibrios cuya naturaleza es principalmente estructural. Esa fórmula no hace posible por sí sola mejorar los términos de intercambio, no desactiva el proteccionismo emergente ni tampoco atenúa el rigor de las tasas internacionales de interés que están vigentes. Siendo así, el esfuerzo que puedan realizar los países en desarrollo con su comercio exterior está en gran parte neutralizado de antemano.

Que el ajuste no debiera restringir ni mucho menos cerrar las posibilidades de crecimiento de los países en desarrollo envuelve un imperativo cuya fuerza económica no es menor que su fuerza social y ética en tanto constituye la única alternativa para contener el proceso de desintegración de las estructuras sociales y productivas que la crisis ha comenzado a desencadenar en varios países latinoamericanos. Este proceso, fuera de ser caldo de cultivo a la violencia y a la desestabilización, puede llegar a comprometer todos los programas de saneamiento, recuperación y ajuste si no es frenado oportunamente.

Unidad regional y cooperación internacional

En definitiva, las posibilidades para superar la actual crisis económica internacional ponen a prueba el talento y la disposición de esta generación para transformar en un marco de cooperación un esquema de relaciones económicas que avanza peligrosamente a la confrontación. Pueden existir muchas discrepancias acerca del grado de responsabilidad con que cada cual contribuyó a la situación actual, pero lo cierto es que este debate —aparte que difícilmente arrojará conclusiones aceptables para todos— es inconducente para los fines de sumar voluntades en torno a un modelo equitativo de convivencia económica mundial.

La actual interdependencia de la economía presenta evidentes asimetrías de poder, desarrollo, igualdad y equidad. Esta circunstancia —y no los eventuales errores que se hayan cometido en el pasado— es la que determina que las responsabilidades frente al futuro no pueden ser equivalentes y estrictamente recíprocas para el mundo industrializado y para los países en vías de desarrollo. Al fin y al cabo ellos han sido en medida apreciable y sin dejar de reconocer sus propios errores, sujetos pasivos de una crisis que vino de afuera, erosionando sus ingresos, encareciendo sus deudas y deprimiendo la demanda de sus exportaciones. A esa realidad, bien o mal, han debido adaptarse. Sin embargo, no está al alcance de estas naciones controlar las variables cruciales que les permitirían mejorar su situación, por grande que sea, como de hecho lo ha sido, la voluntad de emprender costosas y radicales rectificaciones en sus economías. Por lo mismo que estos esfuerzos son irrelevantes para remover las causas profundas que originaron los trastornos, no han logrado descomprimir el todavía sombrío horizonte del desarrollo.

Los actuales problemas han sido objeto de análisis en numerosos foros internacionales y regionales, y es un hecho que la conciencia de unidad para enfrentarlos ha

podido fortalecerse en forma apreciable recientemente, luego de un período de notorio abandono en las causas de integración y mutua cooperación, que durante los años 60 movilizaron a importantes fuerzas sociales de la región. América Latina está haciendo un esfuerzo por unificar criterios y bastante se ha avanzado en materias como liberalización de su acceso al mercado de capitales, ampliación de la liquidez internacional, revitalización de los organismos financieros internacionales y de la región en sus funciones de asignación de recursos, eliminación del proteccionismo, ampliación y mejoramiento del esquema de preferencias de los países industrializados, entre muchos otros temas.

Existen, por otro lado, iniciativas que ya han sido propuestas y que no sería difícil instrumentar. Destacan entre ellas, por ejemplo, el establecimiento de un mecanismo de información sobre la deuda externa latinoamericana, para asesoría de los gobiernos en las instancias de renegociación de las deudas, o la ampliación de los mecanismos regionales de financiamiento del comercio y de compensación de saldos, o el fortalecimiento de la idea de las empresas multinacionales latinoamericanas y, en general, los cometidos por dar un mayor aprovechamiento al potencial propio de la región, hasta el momento subutilizado.

Debe quedar al margen de toda duda que las tareas de cooperación e integración regional en modo alguno son excluyentes de la imperiosa necesidad de alcanzar un consenso equitativo entre las naciones industrializadas y los países en vías de desarrollo respecto de los grandes dilemas de liquidez, deuda externa y crecimiento que plantea la economía en la actualidad. Existen infinitos incentivos reales para ese consenso si los problemas son mirados con elevación y perspectiva. Por lo mismo, la recuperación de la conciencia unitaria de América Latina no es un desafío hostil a ese acuerdo, sino complementario de sus enormes implicaciones, desde el momento en que la región comparte dificultades similares que, siendo privativas de su situación, se traducen sin embargo en distorsiones que perjudican a toda la estructura del financiamiento, la producción y el comercio internacional.

Queda, sin embargo, aún bastante camino por recorrer en este sentido. Hace más de quince años, don Felipe Herra, ex presidente del BID, un defensor infatigable de la unidad de la región, expresaba: "La integración de América Latina no es una utopía. Empíricamente los hombres de esta región están buscando formas de expresiones comunes en el ejercicio de sus profesiones, la realización de sus negocios, el financiamiento y la ejecución de sus programas de desarrollo y la aplicación de la técnica. El espíritu popular también busca espontáneamente formas de acercamiento y comunidad. La integración de América Latina constituirá un factor poderoso para la mejor utilización de todas las capacidades colectivas a las que no se da en la actualidad debido empleo por los factores de destrucción prevalecientes. Si América Latina quiere recobrar el tiempo perdido, para no quedar definitivamente razagada de la historia, ha de acelerar el ritmo de su integración política. Muchas condiciones y circunstancias, su realidad geográfica, histórica y humana favorecen uno y otro intento. A esa comunidad le toca recobrar el impulso de un proceso de desarrollo económico frustrado más que iniciar uno nuevo. América Latina no es un conjunto de naciones: América Latina es una gran nación deshecha".

En la situación actual esos ideales, tan pertinentes en el año en que la región ha celebrado el Bicentenario del Libertador Simón Bolívar, junto con señalar un camino, comportan un incentivo para avanzar en nuestra tarea común de desarrollo.

CUADRO Nº 7
EVOLUCIÓN DEL CRECIMIENTO DE LA INFLACIÓN Y EL COMERCIO INTERNACIONAL
EN LOS PAÍSES DE LA OCDE 1960-1990

País	1960	1970	1980	1990
1. Alemania Occidental	1.5	2.5	3.5	4.5
2. Francia	1.5	2.5	3.5	4.5
3. Italia	1.5	2.5	3.5	4.5
4. Países Bajos	1.5	2.5	3.5	4.5
5. Suecia	1.5	2.5	3.5	4.5
6. Suiza	1.5	2.5	3.5	4.5
7. Reino Unido	1.5	2.5	3.5	4.5
8. Estados Unidos	1.5	2.5	3.5	4.5
9. Canadá	1.5	2.5	3.5	4.5
10. Japón	1.5	2.5	3.5	4.5
11. Noruega	1.5	2.5	3.5	4.5
12. Dinamarca	1.5	2.5	3.5	4.5
13. Irlanda	1.5	2.5	3.5	4.5
14. Portugal	1.5	2.5	3.5	4.5
15. España	1.5	2.5	3.5	4.5
16. Grecia	1.5	2.5	3.5	4.5
17. Turquía	1.5	2.5	3.5	4.5
18. Australia	1.5	2.5	3.5	4.5
19. Nueva Zelanda	1.5	2.5	3.5	4.5
20. Corea del Sur	1.5	2.5	3.5	4.5
21. Taiwán	1.5	2.5	3.5	4.5
22. Singapur	1.5	2.5	3.5	4.5
23. Hong Kong	1.5	2.5	3.5	4.5
24. Chile	1.5	2.5	3.5	4.5
25. Argentina	1.5	2.5	3.5	4.5
26. Brasil	1.5	2.5	3.5	4.5
27. México	1.5	2.5	3.5	4.5
28. Colombia	1.5	2.5	3.5	4.5
29. Venezuela	1.5	2.5	3.5	4.5
30. Ecuador	1.5	2.5	3.5	4.5
31. Perú	1.5	2.5	3.5	4.5
32. Bolivia	1.5	2.5	3.5	4.5
33. Paraguay	1.5	2.5	3.5	4.5
34. Uruguay	1.5	2.5	3.5	4.5
35. Cuba	1.5	2.5	3.5	4.5
36. Haití	1.5	2.5	3.5	4.5
37. República Dominicana	1.5	2.5	3.5	4.5
38. Puerto Rico	1.5	2.5	3.5	4.5
39. Corea del Norte	1.5	2.5	3.5	4.5
40. Vietnam del Sur	1.5	2.5	3.5	4.5
41. Vietnam del Norte	1.5	2.5	3.5	4.5
42. Camboya	1.5	2.5	3.5	4.5
43. Laos	1.5	2.5	3.5	4.5
44. Tailandia	1.5	2.5	3.5	4.5
45. Filipinas	1.5	2.5	3.5	4.5
46. Indonesia	1.5	2.5	3.5	4.5
47. Malasia	1.5	2.5	3.5	4.5
48. Singapur	1.5	2.5	3.5	4.5
49. Brunei	1.5	2.5	3.5	4.5
50. Corea del Sur	1.5	2.5	3.5	4.5
51. Taiwán	1.5	2.5	3.5	4.5
52. Singapur	1.5	2.5	3.5	4.5
53. Hong Kong	1.5	2.5	3.5	4.5
54. Chile	1.5	2.5	3.5	4.5
55. Argentina	1.5	2.5	3.5	4.5
56. Brasil	1.5	2.5	3.5	4.5
57. México	1.5	2.5	3.5	4.5
58. Colombia	1.5	2.5	3.5	4.5
59. Venezuela	1.5	2.5	3.5	4.5
60. Ecuador	1.5	2.5	3.5	4.5
61. Perú	1.5	2.5	3.5	4.5
62. Bolivia	1.5	2.5	3.5	4.5
63. Paraguay	1.5	2.5	3.5	4.5
64. Uruguay	1.5	2.5	3.5	4.5
65. Cuba	1.5	2.5	3.5	4.5
66. Haití	1.5	2.5	3.5	4.5
67. República Dominicana	1.5	2.5	3.5	4.5
68. Puerto Rico	1.5	2.5	3.5	4.5
69. Corea del Norte	1.5	2.5	3.5	4.5
70. Vietnam del Sur	1.5	2.5	3.5	4.5
71. Vietnam del Norte	1.5	2.5	3.5	4.5
72. Camboya	1.5	2.5	3.5	4.5
73. Laos	1.5	2.5	3.5	4.5
74. Tailandia	1.5	2.5	3.5	4.5
75. Filipinas	1.5	2.5	3.5	4.5
76. Indonesia	1.5	2.5	3.5	4.5
77. Malasia	1.5	2.5	3.5	4.5
78. Singapur	1.5	2.5	3.5	4.5
79. Brunei	1.5	2.5	3.5	4.5

CUADROS ESTADISTICOS

CUADRO Nº 7
EVOLUCIÓN DEL CRECIMIENTO MUNDIAL
1960 - 1990

País	1960	1970	1980	1990
1. Alemania Occidental	1.5	2.5	3.5	4.5
2. Francia	1.5	2.5	3.5	4.5
3. Italia	1.5	2.5	3.5	4.5
4. Países Bajos	1.5	2.5	3.5	4.5
5. Suecia	1.5	2.5	3.5	4.5
6. Suiza	1.5	2.5	3.5	4.5
7. Reino Unido	1.5	2.5	3.5	4.5
8. Estados Unidos	1.5	2.5	3.5	4.5
9. Canadá	1.5	2.5	3.5	4.5
10. Japón	1.5	2.5	3.5	4.5
11. Noruega	1.5	2.5	3.5	4.5
12. Dinamarca	1.5	2.5	3.5	4.5
13. Irlanda	1.5	2.5	3.5	4.5
14. Portugal	1.5	2.5	3.5	4.5
15. España	1.5	2.5	3.5	4.5
16. Grecia	1.5	2.5	3.5	4.5
17. Turquía	1.5	2.5	3.5	4.5
18. Australia	1.5	2.5	3.5	4.5
19. Nueva Zelanda	1.5	2.5	3.5	4.5
20. Corea del Sur	1.5	2.5	3.5	4.5
21. Taiwán	1.5	2.5	3.5	4.5
22. Singapur	1.5	2.5	3.5	4.5
23. Hong Kong	1.5	2.5	3.5	4.5
24. Chile	1.5	2.5	3.5	4.5
25. Argentina	1.5	2.5	3.5	4.5
26. Brasil	1.5	2.5	3.5	4.5
27. México	1.5	2.5	3.5	4.5
28. Colombia	1.5	2.5	3.5	4.5
29. Venezuela	1.5	2.5	3.5	4.5
30. Ecuador	1.5	2.5	3.5	4.5
31. Perú	1.5	2.5	3.5	4.5
32. Bolivia	1.5	2.5	3.5	4.5
33. Paraguay	1.5	2.5	3.5	4.5
34. Uruguay	1.5	2.5	3.5	4.5
35. Cuba	1.5	2.5	3.5	4.5
36. Haití	1.5	2.5	3.5	4.5
37. República Dominicana	1.5	2.5	3.5	4.5
38. Puerto Rico	1.5	2.5	3.5	4.5
39. Corea del Norte	1.5	2.5	3.5	4.5
40. Vietnam del Sur	1.5	2.5	3.5	4.5
41. Vietnam del Norte	1.5	2.5	3.5	4.5
42. Camboya	1.5	2.5	3.5	4.5
43. Laos	1.5	2.5	3.5	4.5
44. Tailandia	1.5	2.5	3.5	4.5
45. Filipinas	1.5	2.5	3.5	4.5
46. Indonesia	1.5	2.5	3.5	4.5
47. Malasia	1.5	2.5	3.5	4.5
48. Singapur	1.5	2.5	3.5	4.5
49. Brunei	1.5	2.5	3.5	4.5

CUADRO N° 1

EVOLUCION DEL CRECIMIENTO, LA INFLACION Y EL COMERCIO INTERNACIONAL
EN LOS PAISES DE LA OCDE 1960-1980

Tasa anual Promedio (%)	1961-70	1971-80	1971-73	1974-80
1. Crecimiento de la Producción	5,02	3,26	5,06	2,50
2. Inflación	3,53	8,14	6,39	8,89
3. Crecimiento del Comercio Internacional				
3.1 Valor Real				
– Exportaciones	6,01	11,38	16,28	9,20
– Importaciones	6,19	12,01	16,40	10,18
3.2 Volumen				
– Exportaciones	7,28	6,26	9,49	4,89
– Importaciones	8,02	4,48	8,86	2,64

FUENTE: BID (1982) y IMF (1982). Elaboración parcial propia.

CUADRO N° 2

EVOLUCION DEL COMERCIO MUNDIAL
1960 – 1980

Tasa de Crecimiento Anual (%)	1961-70	1971-80	1971-73	1974-80
1. Valores Reales				
– Exportaciones	6,40	12,87	16,97	11,16
– Importaciones	6,28	12,68	16,07	11,25
2. Volumen				
– Exportaciones	7,73	5,57	9,62	3,87
– Importaciones	7,88	5,33	9,34	3,64
3. Precio Relativo				
– Exportaciones	– 1,24	6,92	6,70	7,02
– Importaciones	– 1,48	6,98	6,16	7,34

FUENTE: BID (1982) y IMF (1982). Elaboración parcial propia.

CUADRO Nº 3

EVOLUCION DEL CRECIMIENTO, LA INFLACION Y EL COMERCIO INTERNACIONAL
EN LOS PAISES DE AMERICA LATINA
(1960 - 1980)

Tasa Anual Promedio (%)	1961-70	1971-80	1971-73	1974-80
1. Crecimiento de la producción	6,20	6,07	7,50	5,46
2. Inflación	12,00	75,12	12,77	111,81
3. Crecimiento del comercio internacional				
3.1 Valor Real				
- Exportaciones	3,74	12,67	13,96	12,12
- Importaciones	3,49	13,36	13,40	13,34
3.2 Volumen				
- Exportaciones	4,40	5,24	5,09	5,30
- Importaciones	4,20	8,11	8,34	8,01
4. Participación en el comercio internacional				
- Exportaciones	6,15	4,68	4,63	4,70
- Importaciones	5,81	4,69	4,46	4,79

FUENTE: BID (1982), IMF (1982) y CEPAL (1983). Elaboración parcial propia.

CUADRO N° 4

GRUPOS PRINCIPALES DE PAISES: VARIACION DE LA PRODUCCION REAL
(Porcentajes)

	1979	1980	1981	1982	1983
Países industriales	3,4	1,3	1,2	-0,3	1,6
Países exportadores de petróleo	3,1	-2,3	-4,3	-4,8	-
Países en desarrollo no petroleros	5,0	4,8	2,5	1,4	2,3

FUENTE: IMF (1983)

CUADRO N° 5

GRUPOS PRINCIPALES DE PAISES: TASA DE INFLACION
(Porcentajes)

	1979	1980	1981	1982	1983
Países industriales	8,0	9,0	8,6	7,2	5,6
Países exportadores de petróleo	10,9	12,7	12,9	9,8	12,2
Países en desarrollo no petroleros	24,6	31,8	31,0	32,8	34,0

FUENTE: IMF (1983).

CUADRO N° 6

PRINCIPALES PAISES INDUSTRIALES: TASAS DE INTERES DE CORTO PLAZO
(Tasas medias en porcentajes)

	Tasa Nominal	Tasa Real
1978	6,9	-0,3
1979	9,5	1,2
1980	12,4	2,4
1981	14,4	4,2
1982	12,9	4,0

FUENTE: IMF (1983).

CUADRO N° 7

BALANZA DE PAGOS MUNDIAL EN CUENTA CORRIENTE

(Miles de millones de dólares de EE.UU.)

	1979	1980	1981	1982	1983
Países industriales	-6	-40	1	-1	16
Países exportadores de petróleo	69	114	65	-2	-27
Países en desarrollo no petroleros	-61	-89	-108	-87	-68
Otros países	-4	-20	-47	-89	-77

FUENTE: IMF (1983).

CUADRO N° 8

GRUPOS PRINCIPALES DE PAISES: EVOLUCION DE LOS TERMINOS DEL INTERCAMBIO

(Variación porcentual respecto del año anterior)

	1978	1979	1980	1981	1982	1983
Países industriales	1,6	0,5	-1,8	1,4	1,8	-1,0
Países exportadores de petróleo	-10,4	29,1	41,5	11,1	-1,3	-14,5
Países en desarrollo no petroleros	-3,7	-0,3	-6,2	-3,9	-2,7	1,2

FUENTE: IMF (1983).

CUADRO N° 9

AMERICA LATINA: EVOLUCION DEL PRODUCTO INTERNO BRUTO
(Tasas anuales de crecimiento)

País	1970-74	1975-78	1979	1980	1981	1982 1/
Argentina	4,1	0,4	7,1	1,1	-5,9	-5,7
Bolivia	5,6	5,1	1,8	1,2	-1,1	-9,2
Brasil	11,5	6,3	6,4	8,0	-1,9	1,1
Colombia	6,6	4,9	5,4	4,1	2,5	1,2
Costa Rica	7,1	5,7	4,9	0,6	-3,6	-5,9
Chile	0,9	1,7	8,3	7,8	5,7	-14,1
Ecuador	11,4	7,0	5,1	4,8	4,3	2,0
El Salvador	4,9	5,4	-1,5	-9,6	-9,5	-5,4
Guatemala	6,4	5,5	4,7	3,7	0,9	-3,5
Haití	4,7	3,3	5,1	5,8	0,3	0,3
Honduras	4,3	5,8	6,8	2,8	0,1	-1,0
México	6,8	5,3	9,2	8,3	8,0	-0,2
Nicaragua	5,4	1,5	-25,5	10,0	8,5	-2,0
Panamá	5,8	3,5	4,5	13,1	3,8	4,0
Paraguay	6,4	9,2	10,7	11,4	8,5	-2,0
Perú	4,8	1,5	4,1	3,8	3,5	0,2
Rep. Dominicana	10,1	4,8	4,6	5,8	3,6	1,5
Uruguay	0,6	4,1	6,2	5,8	-1,3	-10,0
Venezuela	5,4	6,1	0,9	-1,5	1,0	0,4
América Latina 2/	7,2	4,8	6,5	6,0	1,5	-0,9

1/ Estimaciones preliminares.

2/ 19 países.

FUENTE: CEPAL (1983).

CUADRO N° 10

VARIACION DE LOS PRECIOS AL CONSUMIDOR
AMERICA LATINA
(Porcentajes)

Países	1979	1980	1981	1982
Países de inflación tradicionalmente alta	53,8	56,0	57,9	84,0
Argentina	139,7	87,6	131,2	209,7
Brasil	76,0	95,6	91,5	97,9
Colombia	29,8	26,5	27,5	24,0
Chile	38,9	31,2	9,5	20,7
México	20,0	29,8	28,6	98,8
Perú	83,1	42,8	29,3	20,5
Uruguay	83,1	42,8	29,3	20,5
Países de inflación tradicionalmente moderada	22,1	16,0	15,0	33,7
TOTAL AMERICA LATINA	53,8	56,0	57,9	84,0

FUENTE: CEPAL (1983).

CUADRO N° 11

AMERICA LATINA: COMPONENTES BASICOS DE BALANZA DE PAGOS
(Miles de millones de US\$)

	Saldo Comercio de Bienes	Pagos Netos Utilidades e Intereses	Saldo Cuenta Corriente	Ingresos Netos de Capital	Saldo Balanza Pagos
1970	0,7	-2,9	-3,3	4,2	1,0
1971	-0,3	-3,2	-4,6	5,1	0,5
1972	-0,04	-3,2	-4,3	7,3	3,0
1973	1,8	-4,3	-4,6	8,1	4,6
1974	-0,6	-5,1	-7,6	11,6	4,1
1975	-5,9	-5,7	-14,4	14,5	0,1
1976	-2,0	-6,9	-11,5	15,7	4,2
1977	-0,4	-8,2	-11,8	16,1	4,3
1978	-3,2	-10,4	-18,4	25,3	6,9
1979	0,1	-13,8	-19,7	25,8	6,0
1980	-1,7	-18,2	-28,4	26,2	-2,2
1981	-1,9	-27,4	-39,1	39,2	0,1
1982	8,8	-34,4	-33,0	19,2	-13,8

FUENTE: CEPAL (1983).

CUADRO N° 12

AMERICA LATINA: DEUDA EXTERNA BRUTA DESEMBOLSADA 1/
(Saldo a fin de año en millones de dólares)

	1975	1977	1979	1980	1981	1982 2/
América Latina	67.247	97.451	166.681	204.242	251.998	270.200
Bolivia	872	1.663	2.585	2.442	2.851	2.910
Ecuador	583	2.153	3.751	4.798	6.823	7.700
México	17.265	26.583	37.746	50.216	73.737	78.000
Perú	4.066	6.260	7.116	7.901	8.502	10.100
Trinidad y Tobago	172	275	525	645	860	970
Venezuela	4.328	10.812	23.078	26.494	28.948	28.100
Argentina	6.026	8.210	18.299	24.543	30.794	32.100
Brasil	20.785	32.758	48.991	57.262	63.067	71.000
Colombia	3.572	3.892	5.935	7.310	8.229	9.600
Costa Rica	663	1.030	1.690	2.124	2.577	2.600
Chile	4.459	4.899	7.491	9.544	12.447	13.600
El Salvador	391	539	798	846	1.010	1.200
Guatemala	314	603	983	1.120	1.159	1.350
Guyana	266	429	527	565	664	800
Haití	79	158	226	269	321	470
Honduras	431	726	1.130	1.303	1.426	1.650
Jamaica	665	1.220	1.320	1.388	1.558	—
Nicaragua	735	1.300	1.453	1.660	2.473	2.400
Paraguay	238	329	727	919	1.152	1.350
Rep. Dominicana	506	862	1.170	1.548	1.780	2.100
Suriname	20	17	110	34	40	—
Uruguay	811	973	1.027	1.311	1.880	2.200

1/ Incluye: deuda externa pública y privada con garantía oficial, deuda no garantizada de largo y corto plazo con instituciones financieras que entregan información al Banco de Pagos Internacional y Créditos del FMI.

2/ Estimaciones provisionales de CEPAL.

FUENTE: CEPAL (1983).

CUADRO N° 13

PAISES EN DESARROLLO NO PETROLEROS: RAZONES DE ENDEUDAMIENTO
(En porcentajes)

	Razón Servicio de la Deuda: Exportaciones		Razón Deuda: Exportaciones	
	Grupo Total	Grupo América Latina	Grupo Total	Grupo América Latina
1973	15,9	29,3	115,4	176,2
1974	14,4	27,9	104,6	163,4
1975	16,1	32,2	122,4	195,8
1976	15,3	31,4	125,5	204,1
1977	15,4	31,2	126,4	194,1
1978	19,0	41,7	130,2	211,5
1979	19,0	40,9	119,2	192,9
1980	17,6	35,6	112,9	178,4
1981	20,4	41,7	124,9	207,4
1982	23,9	54,0	143,3	245,6
1983	19,3	37,0	144,4	242,8

FUENTE: IMF (1983).

CUADRO Nº 14

PAISES INDUSTRIALES: TASAS DE DESEMPLEO

Países	1979	1980	1981	1982	1983
Canadá	7,5	7,5	7,6	11,0	12,2
Estados Unidos	5,8	7,2	7,6	9,7	10,2
Japón	2,1	2,0	2,2	2,4	2,5
Francia	5,9	6,3	7,3	8,6	9,5
Alemania	3,3	3,4	4,9	6,8	8,5
Italia	7,7	7,6	8,4	9,1	9,8
Reino Unido	5,4	6,5	10,1	11,9	13,2
Grupo de siete países	5,0	5,7	6,4	8,1	8,8

FUENTE: IMF (1983).

CUADRO Nº 15

PAISES EN DESARROLLO NO PETROLEROS: PARTICIPACION
RELATIVA EN EL COMERCIO MUNDIAL DE MANUFACTURAS
(En porcentajes)

	1973	1979
Acero	3,3	5,5
Productos químicos	4,3	5,0
Otros productos semimanufacturados	11,7	12,4
Productos de ingeniería	3,2	5,3
Textiles y vestuario	21,9	26,7
Otros bienes de consumo	13,1	16,3
TOTAL	6,7	8,6

FUENTE: S.J. Anjaria y otros (1982).

CUADRO N° 16

PAISES INDUSTRIALES: PARTICIPACION DE LAS IMPORTACIONES PROVENIENTES DE PAISES EN DESARROLLO EN EL CONSUMO DE MANUFACTURAS

1970 - 1980
(En porcentajes)

Países	1970	1980
Australia	2,1	5,5
Canadá	1,3	2,1
Comunidad Europea	2,5	4,6
Japón	1,3	2,4
Suiza	2,8	3,8
Estados Unidos	1,3	2,9
TOTAL	1,7	3,4

FUENTE: S.J. Anjaria y otros (1982). *

CUADRO N° 17

C.E.E.: ACCIONES COMERCIALES BAJO DISPOSICIONES DE SALVAGUARDIA Y ANTIDUMPING

	N° Investigaciones iniciadas			N° Acciones tomadas		
	Salva-guardia	Anti-dumping	Total	Salva-guardia	Anti-dumping	Total
1971	—	4	4	—	1	1
1972	—	8	8	—	4	4
1973	3	1	4	3	3	6
1974	—	2	2	—	3	3
1975	—	3	3	—	—	—
1976	2	6	8	2	2	4
1977	6	14	20	6	14	20
1978	—	86	86	1	73	74
1979	—	60	60	6	26	32
1980	3	13	16	2	34	36
1981	—	48	48	—	20	20
1982	—	10	10	—	11	11

FUENTE: S.J. Anjaria y otros (1982).

CUADRO N°18

TASAS ARANCELARIAS DE TEXTILES Y VESTUARIO

Países	Total Manuf. Gravadas	Textiles	Vestuario
CEE			
Pre-Ronda Tokio	10,0	11,7	16,0
Post-Ronda Tokio	7,1	8,6	12,1
Estados Unidos			
Pre-Ronda Tokio	8,1	17,0	25,9
Post-Ronda Tokio	5,6	11,4	21,1
Canadá			
Pre-Ronda Tokio	12,8	21,5	22,9
Post-Ronda Tokio	9,1	15,1	21,2

Fuente: M. Lejavitzer (1982).

BIBLIOGRAFIA

1. María Elena Ovalle de Vigneaux, "El Neoproteccionismo y la Banca Privada Latinoamericana". *Revista FELABAN*, N° 33, Bogotá, Colombia FELABAN, 1979.
2. Felipe Herrera, *América Latina: Viejas y Nuevas Fronteras*. Río de Janeiro, ECIEL, 2a. edición, 1982.
3. Felipe Herrera, Exposición en "Conferencia ILAFA-24", Río de Janeiro, septiembre 1983.
4. Moisés Lejavitzer, "El Nuevo Proteccionismo en los Países Industrializados y Algunos Efectos sobre el Comercio Exterior de los Países de América Latina", México, CEMLA, 1982.
5. S.J. Anjaria, Z. Iqbal, N. Kirmani, and L.L. Pérez. *Developments in International Trade Policy*. Washington, D.C., IMF, 1982.
6. International Monetary Fund (IMF), *World Economic Outlook*. Washington, D.C., IMF, 1983.
7. International Monetary Fund (IMF), *International Financial Statistics. Yearbook 1982*. Washington D.C., IMF, 1982.
8. Fondo Monetario Internacional, División de Comercio y Pagos. *El Resurgimiento del Proteccionismo*. Washington, D.C., IMF, 1978.
9. Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1983*. Washington D.C., 1983.
10. Banco Mundial, *Informe Sobre el Desarrollo Mundial 1981*. Washington, D.C., 1981.
11. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Progreso Económico y Social en América Latina. Informe 1983*. Washington, D.C., 1983.
12. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Progreso Económico y Social en América Latina. Informe 1982*. Washington, D.C., 1982.
13. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), *International Trade 1981/82*, 1982.
14. CEPAL, *Estudio Económico de América Latina 1981*. Santiago, Chile, 1983.
15. CEPAL, "La Crisis Económica Internacional y la Capacidad de Repuesta de América Latina", documento presentado en la *Reunión de Personalidades*, Bogotá, Colombia, 1983.
16. Organización de los Estados Americanos, Documentos e Informes de la "Conferencia Especializada Extraordinaria sobre Financiamiento Externo". Caracas, Venezuela, septiembre 1983.

