



FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**SOBRE LA PROTECCIÓN EFECTIVA A LA ESTABILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO Y A LA DEBIDA
SEGURIDAD DE LOS DEPOSITANTES.**

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
PENAL DE LOS NEGOCIOS Y DE LA EMPRESA

PAOLA ISABEL RIVAS AGUSTO

12.488.687-2

PROFESOR GUÍA:

FELIPE ABBOTT MATUS

SANTIAGO DE CHILE SEPTIEMBRE 2019

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DELITOS ECONÓMICOS	
1.1. En la búsqueda del concepto de derecho penal económico: antecedentes generales.	8
1.1.1. Concepto de derecho penal económico.	9
1.2.1. Bien Jurídico protegido por el derecho penal económico.	12
1.2.2. Nociones de los delitos económicos.	16
1.2.3. Características del delincuente de cuello blanco	18
1.2.4. La víctima en el delito económico.	20
1.2.5. El perfil del banquero.	22
2. Principios del derecho penal en la Constitución de 1980	23
3. Sobre el orden público económico en la Constitución de 1980	26
3.1 Los principios económicos de la Constitución de 1980	27
CAPÍTULO 2: CAUSAS DE LA CRISIS SUBPRIME Y SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.	
2.1. Aspectos generales de una crisis económica	31
2.2. Causas que dan lugar a la crisis subprime	32
2.2.1. Bonanza económica	33
2.2.2. Cambios en el sistema financiero	35
2.2.3. Cartera de créditos subprime	35

2.2.4. La irrupción de operación en instrumentos derivados	42
2.5. La desregulación del sistema financiero	47
2.6. Rol de las agencias calificadoras de riesgo	49
2.7. Fallas en la supervisión	49
2.8. La influencia de la crisis subprime en la Legislación Internacional.	51
2.8.1. Cambios regulatorios en el sector bancario	53

CAPÍTULO 3: CRISIS BANCARIA EN CHILE

3.1. Panorama de la situación económica chilena a mediados de los años 70.	55
3.2. Causales de la crisis bancaria en Chile	60
3.3 Medidas de la autoridad frente a la crisis	67

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE LOS DELITOS BANCARIOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

4.1. Aspectos generales.	71
4.2. Estructura típica de los delitos bancarios en la Ley General de Bancos.	72
4.2.1. Análisis del artículo 157 de la Ley General de Bancos	73
4.2.2. Análisis del artículo 158 de la Ley General de Bancos	79
4.2.3. Análisis del artículo 159 de la Ley General de Bancos	81
4.2.4. Análisis del artículo 160 de la Ley General de Bancos	86
4.2.5. Análisis del artículo 161 de la Ley General de Bancos	90

CAPÍTULO 5: BREVE REVISIÓN DEL ESTADO DE LA LEGISLACIÓN CHILENA FRENTE A LA EXPERIENCIA EXTRANJERA DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINAL PREVENTIVA.

5.1. Revisión de las principales experiencias que ofrece la legislación comparada y referida a la regulación bancaria con posterioridad a la crisis subprime.	94
---	----

5.1.1. Caso de Estados Unidos	95
5.1.2. Caso Europeo	97
5.1.3. Caso Inglés	99
5.1.4. Caso Español	99
5.2. Modelo Chileno	100
5.2.1. Iniciativa tendiente a modernizar la Legislación Bancaria en Chile.	101
CONCLUSIONES	103

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto llevar a cabo una revisión del catálogo de delitos contenidos en el Título XVII de la Ley General de Bancos sobre Sanciones Penales y determinar si dichas disposiciones, ofrecen una real garantía para la estabilidad del sistema financiero y de protección a sus ahorrantes.

Para los efectos indicados, se ha llevado a cabo una revisión bibliográfica nacional e internacional, procurando incluir la opinión de importantes académicos en la materia como es el caso del Profesor Karl Tidemann, Enrique Bacigalupo y Manuel Jaen junto a diversos artículos de actualidad jurídica y financiera, procurando disponer de la información más amplia posible.

Este trabajo ha permitido revisar el desarrollo y consecuencias de la crisis subprime en Estados Unidos y diversos mercados a nivel global, sin que dichos efectos hayan dañado el sistema bancario nacional, debido a que la incorporación de una moderna regulación financiera que le permitió contar con un alto grado de resiliencia respecto del evento señalado, lo cual permite estar hoy día frente a un sistema bancario fuerte y altamente profesionalizado. Sin perjuicio de lo anterior, se estima que la real protección tanto de la estabilidad del sistema financiero como de sus ahorrantes sólo será posible en la medida que la revisión de las sanciones asociadas a los delitos vinculados a la actividad bancaria, sean actualizadas constantemente.

INTRODUCCIÓN

La actividad bancaria es un pilar fundamental dentro de la economía de cualquier sociedad organizada y nuestro país no es una excepción a tal regla, debido a que los bancos ofrecen la principal fuente de financiamiento formal dentro del sistema económico y constituyen entidades autorizadas por ley para captar fondos del público e intermediar recursos, permitiéndoles a su vez, usar tales fondos para otorgar créditos.

El ejercicio del giro bancario corresponde en forma exclusiva a los bancos y también en forma excluyente, debido a que se trata de una actividad que no puede ser realizada por cualquier persona y requiere de autorización previa por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero¹, previa acreditación de los requisitos exigidos y durante su ejercicio, se encuentran sometidos a su fiscalización y al cumplimiento de altos estándares técnicos y normativos.

La situación de privilegio y el dinamismo propio de la actividad bancaria dentro de la actividad económica en general, tiende a generar un esfuerzo de innovación constante al interior de la industria bancaria, la que claramente tiene impacto en la evaluación de riesgos que le cabe realizar a los bancos dentro del ejercicio de la actividad bancaria, en lo que respecta a la estructuración de sus planes de negocios y también en el perfil de los ejecutivos que reclutan las entidades financieras, buscando que sus colaboradores se orienten al cumplimiento constante de las metas institucionales.

Lo señalado y considerando lo ocurrido con motivo de la crisis subprime, es posible estimar que resulta necesario llevar a cabo una revisión del catálogo de delitos contenidos en el Título XVII de la Ley General de Bancos sobre Sanciones Penales y determinar si dichas disposiciones, ofrecen una real garantía para la estabilidad del sistema financiero y de protección a sus ahorrantes.

¹ Mediante la Ley N° 21.130 se modifica la Ley N° 21.000 que Crea la Comisión para el Mercado Financiero, estableciéndola como la sucesora legal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Para los efectos indicados, se ha llevado a cabo una revisión bibliográfica nacional e internacional, procurando incluir la opinión de importantes académicos en la materia como es el caso del Profesor Karl Tidemann, Enrique Bacigalupo y Manuel Jaen junto a diversos artículos de actualidad jurídica y financiera, procurando disponer de la información más amplia posible.

Este trabajo ha permitido revisar el desarrollo y consecuencias de la crisis subprime en Estados Unidos y diversos mercados a nivel global, sin que dichos efectos hayan dañado el sistema bancario nacional, debido a que la incorporación de una moderna regulación financiera que le permitió contar con un alto grado de resiliencia respecto del evento señalado, lo cual permite estar hoy día frente a un sistema bancario fuerte y altamente profesionalizado que facilitó la incorporación de los estándares de Basilea III mediante la promulgación de la Ley N° 21.130 que moderniza la legislación bancaria. Sin perjuicio de lo anterior, se estima que la real protección tanto de la estabilidad del sistema financiero como de sus ahorrantes sólo será posible en la medida que la revisión de las sanciones asociadas a los delitos vinculados a la actividad bancaria, sean actualizadas constantemente

CAPÍTULO 1: DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DELITOS ECONÓMICOS: ASPECTOS GENERALES Y SU INTEGRACIÓN POR LA LEGISLACIÓN CHILENA.

1.1. En la búsqueda del concepto de derecho penal económico: antecedentes generales.

Este trabajo se inicia a partir de la premisa que el derecho en su calidad de ciencia social regula la vida del hombre en sociedad. De esa forma, el derecho penal representa un área específica dentro de las ciencias jurídicas, que tiene por objeto regular el castigo de los crímenes y delitos que se cometan al interior de la comunidad organizada mediante la aplicación de una pena establecida en la ley. De esta forma, resulta posible otorgar la debida protección a ciertos valores que resultan esenciales para la vida en sociedad y que adquieren la calidad de bienes jurídicos protegidos.

El derecho penal puede ser entendido desde distintas perspectivas, ya sea como una forma de abordar el fenómeno criminológico que se presenta en todas las sociedades y que tiene lugar, cuando individuos de la comunidad atentan contra valores que la mayoría considera fundamentales y merecedores de respeto para mantener la convivencia social², mediante el establecimiento de un castigo para aquellas conductas que lesionan los bienes que gozan de protección jurídica, las que se denominan delitos. Por otra parte, el derecho penal puede ser entendido como la materialización de las facultades del Estado para exigir el cumplimiento determinadas conductas y sancionar su incumplimiento. Con ello, la norma penal busca motivar al interior de la sociedad, un determinado tipo de comportamiento que corresponde al esperado por la sociedad y que se encuentra previsto en normas de conductas previamente determinadas.

La facultad de exigir a los integrantes de la comunidad el cumplimiento de un determinado comportamiento establecido en la norma de conducta, es una labor que el Estado lleva a cabo mediante la dictación de leyes y exigir el cumplimiento de estas. En este orden de cosas, la ley penal – en sentido estricto – es el instrumento mediante el cual se definen las conductas que tienen la calidad de prohibidas y a su vez, les atribuye una sanción en caso de incumplimiento. Desde la perspectiva de la aplicación de las penas, el encargado de llevar a cabo tal cometido es el Estado mediante el ejercicio del ius puniendi, que corresponde al ejercicio de la jurisdicción propia de los Tribunales de Justicia.

En cuanto al destinatario de la norma penal, es posible identificar una dualidad en la misma estructura de la ley. Por una parte, la norma se dirige al ciudadano, en cuanto se trata de una norma de conducta, la cual imparte la obligación de cumplir con un determinado comportamiento

² BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, John. *Curso de derecho penal: Parte general*. 2ª edición. Santiago, Lexis Nexis, 2007. Tomo I, 8p.

o prohibiendo una conducta y en forma paralela, se dirige al juez, obligándolo a sancionar las conductas que han sido calificadas como delictivas.

Hasta aquí resulta claro que el derecho penal tiene por objeto regular el castigo de crímenes y delitos mediante la aplicación de una pena determinada, entendiendo que, de esa forma, se otorga una debida protección a aquellos valores que gozan de protección jurídica sobre la base de la valoración social que respecto de ellos existe, según lo ya mencionado. A su vez, el derecho penal reconoce distintas áreas de aplicación, entre ellas, el derecho penal económico, cuyo foco es la protección de la actividad económica.

1.1.1. Concepto de Derecho Penal Económico.

El proceso de construcción del concepto de Derecho Penal Económico ha permitido identificar dos corrientes de pensamiento: Una de ellas lo interpreta en forma restringida y la otra, lo aborda desde una perspectiva más amplia.

El sector de la doctrina que respalda una visión restringida, en palabras Miguel Bajo Fernández, concibe el derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía³, en la cual es posible advertir una clara identificación de la intervención estatal en la actividad económica y que a través del ejercicio del ius puniendi, busca la protección de la economía en su conjunto. Por lo cual, el delito económico comprende aquellas conductas que ponen en riesgo la acción reguladora e interventora del Estado en materia económica. Bajo esta visión, es posible identificar una serie de consecuencias a nivel conceptual: a) el cometido del derecho penal económico quedaría acotado a la tutela de intereses colectivos, o si prefiere “supraindividuales”; b) se consideraba que la disciplina sólo comprendía las normas jurídico-penales que protegían el “orden económico” y c) por “orden económico” se entendía la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía⁴.

De lo anterior se concluye que el derecho penal era el sector jurídico que reforzaba con conminaciones penales, la dirección y control estatal de la economía⁵ y en términos prácticos, su campo de acción quedaría limitado sólo a las infracciones de carácter fiscal como el contrabando, aquellas que afectan a la determinación y formación de precios. Lo señalado viene en reiterar lo restringido de su ámbito y con ello se explica la razón de la denominación recibida.

³ BAJO Fernández, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la Actividad Empresarial*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978, p.37

⁴ RIGHI, Esteban: *Los delitos económicos*. Editorial Ad-hoc, 2003, ISBN 9508942266, p. 105.

⁵ Ibid

Al respecto, se debe tener en consideración que hoy en día el papel del Estado en relación con la economía no es más el de gendarme de la economía, sino que se limita a asumir un rol meramente supletorio de coordinación en los procesos de producción y distribución de la riqueza⁶ y de ello surge que esta visión no cuente con una adhesión mayoritaria en la actualidad, debido a que no recoge aquellos rasgos que son característicos de la actividad económica hoy.

Asimismo, algunos autores han asociado esta corriente restringida a los gobiernos totalitarios, cuyo afán es el fortalecimiento de las políticas del Estado. Lo anterior, constituye una aseveración errónea debido a que los modelos económicos – con distinta intensidad – han experimentado una transición desde una concepción liberal de la economía al modelo de economía social de mercado, mediante un proceso que estuvo acompañado de la intervención por parte de los respectivos Estados, con el propósito de alcanzar el equilibrio y protección del orden económico, más allá de la concepción política que identifica cada sistema de gobierno.

En forma paralela, parte de la doctrina se ha inclinado por una visión más amplia, definiendo el Derecho Penal Económico, como el conjunto de normas jurídicas penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁷ o que en palabras de Klaus Tiedelmann - el más claro exponente de esta postura-, se entiende como todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigido contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica⁸, dando cuenta de un cambio de visión respecto de la postura anterior.

Esta mirada amplia del derecho penal económico se funda en una visión más pragmática del delito económico: que agrupaba los distintos tipos penales con significación económica y un concepto proveniente de la investigación criminológica, cuya visión del white collar crime prescindió de la noción de bien jurídico, centrando su preocupación en las características del autor⁹. Además, en la orientación que asume esta corriente de pensamiento, se observa un claro predominio de los principios que inspiran la economía de mercado en el quehacer social, buscando otorgar protección al ejercicio de toda la actividad económica y no sólo proteger el orden económico mediante su regulación por el Estado.

Se trata de una visión que se caracteriza por dar lugar a una concepción extensiva que colocaba como objeto de protección en primer lugar intereses patrimoniales, cuyo titular podía ser el Estado o los particulares y sólo en segundo término se atendía a la tutela de bienes

⁶ REYNA Alfaro, Luis. *¿Qué es derecho penal económico y de la empresa? Aportes para una delimitación conceptual de su objeto de estudio* [en línea] www.cedpe.com [consulta 03 octubre 2016]

⁷ RIGHI, Esteban, cit en n.3, p.106.

⁸ REYNA Alfaro, Luis, cit n.5.

⁹ RIGHI, Esteban, cit en n°6, p. 106.

colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado¹⁰. Conforme a lo anterior, esta visión proporciona una mayor extensión de los contenidos que quedan bajo el amparo del derecho penal, ofreciendo una vía de protección del orden económico mediante la tipificación de una gran variedad de conductas como delitos, tal es el caso de la quiebra fraudulenta, estafa, uso de información privilegiada, delitos bancarios, cuya sanción debe ajustarse a los estándares que establece el ordenamiento jurídico dentro de un estado de derecho democrático.

Adicionalmente es necesario comentar que esta visión amplia del Derecho Penal Económico integra las actuales características de la actividad económica, la cual es entendida como un fenómeno de características peculiares en nuestro tiempo y, sobre todo, que esas características surgen a partir del llamado proceso de industrialización de las naciones. Está claro, entonces, que la peculiaridad está constituida por una intensificación¹¹ y también por su diversificación bajo múltiples actividades que dan cuenta del dinamismo que le es propio.

En virtud de lo anterior, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores, entre ellos: el evidente predominio de la economía de mercado, la decadencia del “dirigismo estatal”, la necesidad pragmática de contar con una categoría aglutinante de las más variadas agresiones sociales y también como consecuencia de la creciente tendencia a postergar los rigores sistemáticos que ofrece la dogmática,¹² debido a que recoge con más fidelidad la realidad que el derecho penal económico está llamado a regular.

Esta visión también ha sido objeto de críticas tanto a nivel doctrinario como del derecho positivo, las cuales ponen acento en la imprecisión que puede acarrear la definición de un concepto amplio de derecho penal económico, lo que en un extremo podría llevar a que resulte difícil distinguir entre un delito económico y un clásico delito patrimonial siempre que no se mantenga dentro de parámetros de racionalidad y en directa sintonía a las conductas que se encuentra llamado a sancionar. Al respecto se debe señalar que actualmente la actividad económica es relevante dentro de la comunidad organizada y su ejercicio implica la administración de una importante cuota de riesgo, por lo cual una visión amplia del derecho penal económico ofrece una mejor respuesta a la diversidad de las actividades económicas que actualmente se desarrollan.

Sin perjuicio que las distintas visiones que surgen respecto del Derecho Penal Económico y las características propias de cada uno, es posible observar que ambas coinciden en que el

¹⁰ Ibid.

¹¹ CÁTEDRA HENDLER. *Una aproximación al tema de los Delitos Económicos*. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. [en línea], <www.catedrahendler.org> [consultado 05 de octubre de 2016]

¹² CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. *Revista de Ciencias Criminales* (43), 2003, pp.7 -8.

Derecho Penal Económico tiene su foco en la actividad económica, por tanto, de proteger el Orden Económico, con las precisiones que ya se ha señalado.

A partir de la delimitación del ámbito del Derecho Penal Económico, se observa que tal especialización, proviene de las características propias de la actividad económica, ya que al tratarse de una actividad que congrega elevados niveles de riesgo que para intereses individuales o colectivos, riesgo que es difícilmente controlable por los demás, que con alguna frecuencia ocasionan hoy acciones individuales (de personas físicas, jurídicas o grupos sin personalidad reconocida), debido al alto grado de interacción social existente, unido al desarrollo de la tecnología¹³, genera un escenario proclive a excesos o a la comisión de eventuales delitos que necesitan de un tratamiento especializado.

1.2.1. Bien jurídico protegido por el Derecho Penal Económico.

La economía de mercado, en su calidad de ciencia social, adolece de aquel grado de eficiencia necesario para distribuir en forma adecuada los bienes públicos, lo cual genera distorsiones, como en el caso de los servicios públicos, donde la mayoría de la población contribuye a su financiamiento, pero no todos se benefician de su servicio. Lo mismo ocurre en el proceso de formación de precios, el cual no considera los costos o beneficios que sufrirán las terceras personas como consecuencia del ejercicio de la actividad económica, lo que crea situaciones que pueden dar lugar a excesos que vulneran el sano ejercicio de dicha actividad.

Es así como los sistemas económicos se desarrollan generalmente bajo estándares que se alejan de las condiciones de competencia perfecta que establece la teoría económica y a partir de ello, se vuelve necesaria la intervención de la autoridad para asegurar condiciones mínimas de competencia. Lo mismo sucede respecto de las posiciones que adoptan los agentes económicos para establecer las relaciones de intercambio, lo cual no siempre se lleva a cabo en un plano de igualdad y surge la necesidad que la autoridad intervenga para evitar que las incongruencias que registra la actividad económica generen espacios que resulten proclives para la generación de fraudes o comisión de delitos.

El proceso de determinación de un bien como susceptible de protección jurídica, requiere que se lleve a cabo un análisis previo por parte del Estado, el cual no se reduce exclusivamente a consideraciones de carácter legal que derivan de los principios que rigen el ordenamiento jurídico sino que también se deben incluir otros elementos que resulten relevantes dentro del quehacer social como son los aspectos políticos o económicos, para identificar que determinados bienes necesitan contar con protección legal por su trascendencia para la sociedad y se aplique una sanción proporcional, en caso que tales bienes sean lesionados o puestos en peligro.

¹³ PAREDES, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico Bases Político – Criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (11), 2003: p. 101.

Lo señalado queda plasmado con claridad en las palabras de Mejías Rodríguez, respecto al alcance de los bienes jurídicos, al señalar que se trata de bienes que se encuentran protegidos por el derecho; con lo que quiero decir que el ordenamiento jurídico – a través de los órganos competentes del Estado y tomando en cuenta los acontecimientos sociales, políticos y económicos – le da la característica de jurídico a un bien¹⁴.

La determinación de otorgar protección jurídica a un bien requiere que se establezca una pena que será aplicada en caso de vulneración o lesión de dicho bien. Para los efectos de determinar la pena que será asociada a un delito, es necesario que la sanción sea eficaz, entendiendo que debe tener la aptitud suficiente para cumplir con el objetivo previsto y que su aplicación tenga lugar, en ausencia de otra medida que sea menos gravosa, pero con igual capacidad para alcanzar el fin previsto.

Los bienes jurídicos que tienen la calidad de protegidos por el Derecho Penal Económico, han alcanzado esa condición, a partir de las características propias de la actividad económica, debido a que mediante el desarrollo de esa actividad, es posible atender una serie de necesidades sociales, mediante la toma de decisiones que los integrantes de la comunidad adoptan en forma individual con repercusiones en la esfera personal y que en muchos casos también se manifiestan a nivel colectivo, de allí su relevancia y necesidad de determinar qué pauta(s) de conducta es deseable, si se pretende provocar o mantener un cierto estado de cosas, el considerado necesario: así, por ejemplo, cuál es el comportamiento deseable de los agentes económicos concurrentes en el mercado y así lograr la fijación de una(s) pauta(s) de comportamiento en el ámbito de la vida social, que debería ser preservado¹⁵, entendiendo que en tal caso se trata de pautas de conducta que resultan de relevancia dentro de la vida económica y por tanto, cualquier comportamiento que implique un cuestionamiento de la pauta de conducta que es objeto de protección jurídica constituye una perturbación de relevancia sistémica (para todo el sistema económico), (y puede justificar la incriminación, cuando la significación propia de los actos que implica (y no, por lo tanto, la mera posibilidad de acumulación de acciones similares y de la repercusión ampliada que ello conllevaría) es perceptible.¹⁶ Por lo cual, se justifica la elaboración de un catálogo de normas penales que se ocupe de regular y sancionar en el caso que resulte necesario, determinadas conductas que son habituales dentro de la actividad económicas y que resultan nocivas para su posterior ejercicio.

A mayor abundamiento, en la determinación del bien jurídico protegido por el derecho penal económico, existe una clara coincidencia entre los autores, respecto a que se trata de bienes

¹⁴ MEJÍAS Rodríguez, Carlos. El ámbito de protección en el Derecho Penal Económico [en línea] *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* <www.scielo.org.mx> [consulta 27 de enero de 2016].

¹⁵ PAREDES, José Manuel, cit en n. 6, p. 106

¹⁶ *Ibid*, pp. 119- 120.

jurídicos de carácter colectivo o supraindividuales, esto es, bienes jurídicos que protegen los intereses de toda la comunidad o de sectores de esta, sin que el titular del derecho sea identificado individualmente. Es así como algunos autores, señalan que, en este caso, el bien jurídico protegido es el orden de la economía instituido y dirigido por el Estado, vale decir, la economía nacional en su totalidad y en sus sectores parciales¹⁷, con lo cual la protección legal queda radicada a nivel de los bienes de carácter supraindividual.

Otros autores han sostenido que el moderno derecho ha abandonado la protección exclusiva de bienes personales para abarcar una esfera aún mejor del ciudadano: se trata de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales. Esto es parte de lo que muchos han denominado el “expansionismo del derecho penal.”¹⁸

De lo anterior, se desprende que, con la extensión del Derecho Penal Económico, no sólo se incorporan al catálogo de delitos nuevas conductas que se estiman nocivas por el Ordenamiento Jurídico, sino que también se registra un adelantamiento de la intervención penal.

Al hacer mención a conductas “nocivas”, se trata de eventuales daños que se pueden causar con motivo del ejercicio torcido de la actividad económica y en el ámbito del Derecho Penal Económico, las lesiones no se verifican bajo la forma de un daño material a un bien jurídico determinado, sino que se manifiesta mediante su puesta en peligro.

Lo señalado no implica que, en el caso de los bienes jurídicos colectivos, exista una prescindencia de los elementos del derecho penal general, muy por el contrario, es posible indicar que tipos penales clásicos como la estafa o la apropiación indebida pueden tener influencia en el bien jurídico colectivo de carácter económico, permitiendo reconocer elementos comunicantes entre los elementos del Derecho Penal Económico y la dogmática tradicional.

A su vez, se debe señalar que los delitos del derecho penal económico se diferencian de los del derecho penal clásico – en un número importante de casos – sobre todo por la indivisibilidad y la incorporeidad de los elementos que los definen en la ley¹⁹. Con lo anterior, es posible señalar que la diferencia entre ambas disciplinas radica en que, desde la perspectiva del Derecho Penal Económico, el delito no requiere de materialización para su configuración, entendiendo por tal, que el efecto de la acción antijurídica sea perceptible por los sentidos o produzca un resultado

¹⁷ TIEDMAN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y Delito Económico [en línea] *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10 <<https://dialnet.unirioja.es/>> [consulta 3 de septiembre 2016].

¹⁸ GRIMM, Federico J. *El bien jurídico en los delitos contra el orden económico y financiero* [en línea], *Microjuris Argentina*, MJ-DOC-9896-AR, <<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/06/28/el-bien-juridico-en-los-delitos-contra-el-orden-economico-y-financiero/>> [consulta 11 de octubre 2016].

¹⁹ BACIGALUPO Zapater, Enrique. *Sobre Seguridad Jurídica y Derecho Penal Económico*. En: Clase magistral del Dr. Enrique Bacigalupo Zapater al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Santiago, 25 de octubre de 2011, [consulta 7 de octubre 2016].

lesivo material. Esa es la razón por la cual se sostiene que los delitos económicos tienen la calidad de delitos de peligro y no delitos de resultado, como ocurre en el derecho penal general.

En este sentido, se debe precisar que el reconocimiento de bienes jurídicos de naturaleza colectiva implica que un porcentaje importante de la población queda expuesta a resultar perjudicada frente a la comisión de delitos de carácter económico. Por ello se reconoce en este tema como un único común denominador: Los bienes jurídicos a cuya protección corresponden los delitos económicos conciernen a la tutela de la economía de una comunidad en su conjunto²⁰.

En palabras de Federico Grimm sobre el bien jurídico que se busca proteger en los delitos económicos, se observa, por encima de la eventual lesión a particulares o a organismos administrativos, el daño actual o potencial, a la economía considerada en su conjunto o al menos, contra instituciones funcionalmente importantes en su conjunto²¹.

En conformidad a la calidad de delito de peligro que se le reconoce a los delitos económicos, el mismo autor ha señalado que la importancia de la idea del peligro abstracto en el derecho penal económico radica en que está presente en la tipificación de aquellos delitos económicos en sentido estricto que tutelan bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, porque afectan estructuras básicas del sistema económico y como así también en aquellos delitos socioeconómicos de carácter supraindividual, sean institucionalizados o sean difusos, que se orientan a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables o determinables.²²

Es así como se genera por parte del Estado, un legítimo interés por reducir su eventual comisión mediante la anticipación de la intervención penal, sin que requiera para ello la existencia de un daño material de un bien jurídico para la configuración de la antijuridicidad y aplicación de la pena, bastando para ello, que se verifique su puesta en peligro. Lo señalado no implica que el Estado cuente con ilimitadas facultades para sancionar conductas delictivas, debido a que el ejercicio del *ius puniendi* o del poder coercitivo dentro de un Estado de Derecho, reconoce como límite el respecto de las garantías constitucionales para aquella persona que delinque, con lo cual, es el mismo Orden Jurídico vigente, es el que termina limitando el ejercicio del poder sancionador del Estado.

En cuanto a la identificación de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Económico y en el marco de la presente investigación, es necesario precisar que la actividad financiera forma parte de la actividad económica, como un área específica de la misma. A su vez, la actividad económica en términos amplios incluye la hacienda pública, las actividades del giro

²⁰ CATEDRA HENDLER, cit en n.10.

²¹ GRIMM, Federico, cit en n. 17.

²² Ibid.

bancario, las entidades que participan en el mercado bancario y también a los particulares que adquieren y manejan distintos instrumentos financieros ofrecidos por los bancos u otros agentes como es el caso de las corredoras de bolsa.

En virtud de lo anterior, no hay dudas en cuanto a que la actividad financiera tiene la calidad de bien jurídico protegido por el Derecho Penal Económico y como consecuencia de lo anterior, es posible concluir que gozan de tal protección, aquellos valores como la libre competencia, la actividad bancaria y el sistema crediticio entre otros. Al respecto, se debe precisar que la protección del sistema crediticio opera en forma mediata, lo cual implica que por una parte es posible demostrar en forma empírica el daño y producto de éste, se impide el correcto funcionamiento del sistema financiero.

En esta misma línea, parte de la doctrina contemporánea igualmente reconoce la existencia del orden financiero como un bien jurídico protegido, argumentando que en la esfera de los delitos económicos son varios los bienes jurídicos protegidos (por ejemplo, competencia, acaparamiento, sistema crediticio, etc.)²³ y en tal caso queda claro que existe un claro interés por proteger el debido funcionamiento de los subsistemas económicos.

Para los efectos de identificar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Económico, es necesario contar con una pauta de conducta previa que aporte un mayor grado de concreción al momento de evaluar si un determinado comportamiento se ajusta a la conducta esperada, con lo cual se facilita la posterior interpretación por parte de los Tribunales de Justicia y a la vez, otorga certeza jurídica a la comunidad, conforme a los principios que rigen el Ordenamiento Jurídico en nuestro país.

1.2.2. Nociones de los Delitos Económicos.

En virtud de lo señalado en el numeral anterior y tomando la definición de Rafael Miranda Gallino, citada por César Ramos Cáceres, el delito económico corresponde a la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas, y que como consecuencia, ocasiona el daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño²⁴ y cuenta con la aptitud para afectar a la sociedad en su totalidad o a un grupo importante de ella, con lo cual, la figura de la víctima potencial trasciende al sujeto individual, a diferencia de lo que ocurre con los delitos establecidos por el Derecho Penal clásico, como se indicó en el numeral anterior.

²³ Ibid.

²⁴ RAMOS Cáceres, César: *Delitos Financieros y Económicos*. Revista de Derecho, volumen 33 (N°1), 2012, p. 5

En otros sectores de la doctrina, la visión es más amplia y asocian el delito económico con la criminalidad de los poderosos, comprendiéndose bajo esta expresión todos aquellos hechos punibles cometidos por personas que gozan de una situación de poder, luego desde los abusos de poder estatal mediante, por ejemplo el genocidio, la tortura o los excesos policiales hasta los abusos vinculados a la corrupción política y económica, abarcando, por tanto, no sólo los aspectos de la criminalidad económica, sino que también otros aspectos que no tienen relación con ésta.²⁵

En relación con la definición anterior se debe señalar que, si bien excede de los lineamientos de este trabajo, de ella se desprende una de las principales características del delito económico, al referirse a los actos cometidos por personas que gozan de una situación de poder, realizados en el ejercicio de una actividad de naturaleza económica y con ello, contravienen la regulación establecida para el ejercicio de la actividad económica.

Sin perjuicio de las diversas definiciones que se pueden elaborar en torno al delito económico, vale destacar que nos encontramos frente a un ámbito del derecho que pone de relieve la inadecuación de las teorías tradicionales para explicar las causas del comportamiento delictivo. Las conductas delictivas centradas en cuestiones como la pobreza, la desestructuración social o los desórdenes mentales no servían para explicar la comisión de delitos protagonizados por personas que ocupaban posiciones de poder,²⁶ demostrando que esas teorías se vuelven deficitarias para explicar la comisión de los delitos de carácter económico.

Para explicar la génesis de los delitos económicos, resulta útil mencionar el trabajo de Edwin Sutherland, quien sostiene que “la asociación diferencial se produce al vivir inmerso en un mundo, el mundo de los negocios, en donde se produce una desorganización social (u organización social diferenciada) regidas por unos códigos de comportamientos enmarcados en la ilegalidad, que son transmitidos por aprendizaje y reforzados mediante claras técnicas de neutralización”²⁷. De esa forma queda de manifiesto que el grupo en que se desenvuelve el individuo es fundamental para fomentar el desarrollo de un comportamiento criminal o evitarlo según las pautas de conducta que son validadas al interior del mismo grupo.

Lo anterior permite demostrar que existen ciertas características comunes en los delitos económicos, debido a que su autor por lo general pertenece al estrato social alto y la actividad profesional que desarrolla es de naturaleza económica. Con ello se vuelve a demostrar que la delincuencia no es una conducta que se registre exclusivamente en las clases sociales inferiores,

²⁵ JAEN Vallejos, Manuel. *Estudio Penales – Principios, sistemas de consecuencias penales, jurisdicción universal, nuevas formas de criminalidad, proceso penal y otras cuestiones de actualidad penal*. 1ª edición, Santiago, Legal Publishing Chile, p.120

²⁶ GONZÁLEZ, Patricio: *Los delitos de cuello blanco* en www.dialnet.unirioja.es [citado 09 mayo 2016].

²⁷ Ibid, p.28

ya que los delitos en estudio se congregan especialmente en las clases más acomodadas de la sociedad y el efecto de esas conductas, termina afectando a la sociedad en su conjunto.

En cuanto al repudio de la sociedad frente a este tipo de ilícitos, se observa que la obtención de un indebido enriquecimiento, sin perjuicios de terceros, puede aparecer solapado por la ausencia de leyes formales tipificadoras de ciertas conductas, pero desde el punto de vista material, el desvalor de la acción no difiere de aquel otro que produce iguales consecuencias y que encuentra reflejo en las normas penales²⁸. En estos casos queda de manifiesto que la reacción del medio social no es igual frente a un delito que afecte la integridad física o la propiedad de las personas respecto de aquellos que revisten un cariz económico, donde estos últimos generan un reproche social bastante menor y una sensación de impunidad por parte de sus autores.

1.2.3. Características del delincuente de cuello blanco.

Para entender cómo se origina el delito económico, es necesario conocer el contexto en que se desarrolla, el cual se caracteriza por la mayor complejidad que ha alcanzado la actividad económica y financiera, debido a la aparición de instrumentos de inversión más sofisticados, como es el caso de las operaciones con instrumentos derivados, los que generan la oportunidad de obtener mayores ganancias, volviéndolos más atractivos pero a su vez, requieren de un mayor conocimiento técnico por parte de los clientes para ponderar debidamente los riesgos asociados a tales transacciones.

Por otra parte, los medios utilizados para llevar a cabo las transacciones en el mercado, se han ido modernizando y existe una clara tendencia que se orienta a limitar el uso del dinero efectivo, potenciando el uso de otros medios de pago, como lo fue en su momento el cheque luego las tarjetas de crédito y débito, las transacciones electrónicas y actualmente, como el caso de nuestro país, la existencia de una iniciativa legal que permite la implementación de un modelo de tarjetas con provisión de fondos (o comúnmente llamadas tarjetas de prepago), para su uso masivo en los establecimientos comerciales asociados al sistema de pagos electrónicos²⁹.

Los ejemplos enumerados dejan de manifiesto que a nivel global existe un claro interés por multiplicar y facilitar el uso de diversos medios de pago, que ofrezcan nuevas y variadas alternativas para el intercambio de bienes y servicios junto a un esfuerzo por incluir a aquellos sectores que no tienen la oportunidad de acceder a los productos bancarios, como ha ocurrido

²⁸ Ibid, p.29

²⁹ Al día de hoy esa iniciativa se encuentra materializada bajo la Ley N° 20-.950 que autoriza la emisión y operación de medios de pago con provisión de fondos o cualquier otro sistema similar.

en otros países que han decidido impulsar la bancarización, implementando el pago de los subsidios sociales a través de tarjetas bancarias.

En relación con las iniciativas mencionadas, es preciso dejar de manifiesto que las mismas tienen como contrapartida, la creación de un escenario que podría permitir la comisión de nuevos delitos como es el caso de los delitos informáticos a gran escala, con ocasión del gran número de nuevos usuarios que podrían incorporarse al mercado, no todos con el mismo nivel de preparación financiera. A partir de lo mencionado, resulta necesario que la implementación de este tipo de iniciativas vaya acompañada de altos estándares de seguridad y especialmente de educación financiera oportuna a sus usuarios, respecto del cuidado en el uso de sus productos y las múltiples funcionalidades que ellos tienen.

Queda claro que la actividad económica es ágil y veloz, especialmente en lo que dice relación con el mundo financiero, buscando innovar en forma constante mediante la creación de nuevos productos e incorporando un mayor nivel de tecnología que facilite el acceso a los clientes y al mismo tiempo procurando superar en forma constante los avances de la competencia, lo que lleva a seguir asumiendo cada vez mayores riesgos, lo cual se transforma en una característica inherente de la misma actividad.

Lo ya señalado, nos permite visualizar el entorno en el cual se desenvuelve el delincuente económico y la criminología con la ayuda de la sociología, han podido esbozar aquellos elementos que caracterizan la personalidad del delincuente de cuello blanco, detectando que se trata de una persona claramente materialista y que valora en forma desmedida los bienes materiales, buscando siempre obtener un provecho material. Además, se trata de personas egocéntricas que presentan dificultades para establecer redes gratuitas en su medio. Sin perjuicio de lo anterior, se trata de personas inteligentes y audaces para identificar oportunidades y aprovecharlas, lo cual, a su vez las transforma en personas peligrosas al ignorar cualquier tipo de límite ético y no generan ningún sentimiento de culpabilidad por sus actos. Eso ocurre debido a que el delito económico no provoca ninguna reacción social, y es un delito que no provoca ni efecto de choque (afectividad) ni fantasía no se considera un delito.³⁰ Debido a que su conducta no genera ningún tipo de autocrítica por parte de su autor y al tratarse de una persona que goza de prestigio en su medio, le permite establecer una serie de vínculos sociales que termina usando para su beneficio personal, sin que se le reconozca como delincuente.

La actividad profesional que desarrolla el delincuente económico resulta relevante, debido a que se observa una estrecha relación entre el ilícito cometido y la actividad profesional que ejerce y frecuentemente, el sujeto activo comete el delito en el ámbito de su trabajo, lo que constituye una muestra de su astucia, utilizando su entorno laboral para captar a sus víctimas sin que se vea intimidado frente al alto riesgo que asume para encubrir el delito, sin representarse ningún

³⁰ BAJO Fernández, Miguel, cit n 2, p. 55

tipo de crítica que los lleve a reconocerse como delincuentes, con un reproche social que es muy bajo y su entorno tiende a ver este comportamiento como una acción temeraria o simple negligencia pero en ningún modo, como un delito.

En el fondo esos delincuentes sienten que, aunque actúen en contravención a la ley, las posibilidades que se les sancione son muy baja debido a que forman parte de los grupos de poder, a los cuales no se les persigue ni menos se les sanciona.

Es así como es posible construir la imagen del delincuente de cuello y corbata, identificando como tal el ejecutivo que nace en el seno de una reputada familia o que, sin serlo estudia en una universidad prestigiosa, accede a buenos puestos de trabajo y cuenta con una red de contactos que lo conocen de toda la vida. En fin, se trata de una persona de quien aparentemente no hay que desconfiar y es así como producto del fenómeno de la delincuencia económica, se advierte que todos los sujetos de una economía competitiva son obedientes al principio de adoración al éxito y están sometidos a unas necesidades y valores comunes centrados en el dinero y el consumo,³¹ lo que lleva a que se termine exculpando socialmente a ciertas conductas del reproche social y sólo se les califique como riesgosas, sin reconocer el daño que causan al correcto ejercicio de la actividad económica, a la igualdad de oportunidades y finalmente a la solidez de la economía de un país.

1.2.4. La víctima en el delito económico.

En relación con el delito económico, hemos revisado los aspectos generales del contexto en el cual surge y las características del sujeto activo y ahora, corresponde hacer una breve revisión de las características de la víctima en este tipo de delitos.

En el numeral anterior se dijo que el sujeto activo del delito económico se encuentra en una situación de poder respecto de su víctima. Se trata de un poder que le da el prestigio y el control de las circunstancias en que se desarrolla el delito, ya que conoce la forma en que se realizan las operaciones, cómo funciona el mercado, sus fortalezas y debilidades, lo cual le permite escabullirse sin que lo descubran y peor aún, es muy probable que la víctima tarde mucho tiempo en darse cuenta de los perjuicios sufridos y con ello queda en la más completa indefensión, porque su desconocimiento le dio tiempo suficiente al delincuente para manejar la información, contribuyendo a la pérdida de la huella del delito. De esa forma, la posibilidad de sancionar al delincuente disminuye drásticamente y así se refuerza la idea que estos grupos son inexpugnables. Ello se corrobora, no por falta de disposiciones legales que sancionen la conducta, sino por falta de oportunidad en la denuncia de la víctima.

³¹ Ibid, p. 58

Estos son los elementos que llevan a establecer que la principal característica de la víctima del delito económico es su debilidad, la que se genera debido al exceso de confianza que deposita en el delincuente, ya sea con motivo de la gestión realizada por el asesor o ejecutivo financiero que le ofrece nuevas alternativas de inversión y al cual no le pide mayores antecedentes o que durante la vigencia de las operaciones no exige respaldos o reportes pormenorizados de los resultados de la inversión porque en muchos casos, existe una relación social previa, lo conoce de toda la vida y esa es la razón por la cual confía en él.

Además la debilidad señalada puede expresarse como la falta de conocimiento técnico que le impide al cliente evaluar a cabalidad las características de una operación financiera y menos aún, los riesgos implícitos en ella, dejándose llevar por el incentivo que genera la idea de un alto retorno de ganancia como una oportunidad que no se puede despreciar y por ello, algunos autores han señalado que queda claramente expuesto que el tipo de víctima que sufre mayoritariamente el delito de cuello blanco es el ciudadano de a pie.³²

A lo ya señalado, puede agregarse otro ámbito en el cual se advierte una situación de debilidad y tiene lugar debido a la falta de coordinación entre los mismos clientes, ya que muchas veces desconocen que ellos no son los únicos que se encuentran en esa situación y existen muchos otros que también han resultado afectados en la misma forma, lo cual lleva a que las posibilidades de fortalecer su defensa terminen disminuyendo.

En virtud de lo anterior y como una forma de contrarrestar la debilidad de la víctima no sólo frente a los delitos económicos y también para asegurar su correcta participación en el sistema financiero, en nuestro país se han llevado a cabo una serie de iniciativas de educación financiera por parte de la Superintendencia de Bancos – hoy CMF- , mediante charlas en colegios y a través de un link disponible en su sitio web³³, el cual entrega orientación al cliente bancario, facilitando información clara respecto del funcionamiento de los productos bancarios, consejos para su uso adecuado y los antecedentes de los canales a los que se puede recurrir, en caso de presentar dudas o problemas con las entidades sujetas a fiscalización por parte de la misma entidad.

Claramente la iniciativa a que se hace referencia no ofrece una solución frente a todas las falencias que tiene el sistema financiero, ya que se dirige exclusivamente al mundo bancario y de entidades sujetas a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero, pero sin dudas, contribuye a que las generaciones de nuevos usuarios de los servicios financieros incorporen como hábito, tomar las decisiones financieras de manera informada.

³² DONET Granche, Encarna. White collar crime: Delitos de cuello blanco en *Revista de l'Institute Universitari d'Investigació en Criminologia i Cienes Penals* de la UV, [en línea] <http://www.uv.es> recrim [citado 10 de mayo 2016].

³³ En www.cmfchile.cl, accediendo al link cliente bancario.

1.2.5. El perfil de un banquero.

Los antecedentes que han sido analizados y conforme a los objetivos que han sido planteados en esta investigación, es necesario revisar la realidad de la actividad bancaria, en particular el perfil de los banqueros, como parte del análisis del entorno en que se genera el delito económico y las características asociadas a su sujeto activo.

La actividad bancaria es fundamental dentro de la economía de un país, al constituir la principal fuente de financiamiento para la población y por tratarse de un negocio regulado, se les permite principalmente a los bancos la captación de dinero del público en general, el cual posteriormente es utilizado para el otorgamiento de créditos.

De esa forma, la entidad bancaria tiene la calidad de intermediario financiero, lo cual implica que se encuentran autorizados para captar dinero del público, asegurando que su dinero será devuelto en la fecha pactada y con la tasa de interés acordada. Para poder cumplir con el compromiso asumido con los depositantes, el banco debe implementar un análisis de riesgo adecuado en el proceso de otorgamiento de créditos, para asegurarse que los clientes pagarán los créditos en forma oportuna o que cuentan con las garantías suficientes que, en caso de incumplimiento, aseguren su recuperación.

A su vez, los bancos se ven enfrentados a la competencia constante por captar nuevos clientes y ofrecerles productos más atractivos según sus necesidades, lo cual lleva a que la innovación y mayores riesgos, confluyan en una constante escalada. Por lo cual, no es de extrañar que en el modelo de negocios que se comenta, resulte relevante el perfil que las entidades bancarias establecen para sus ejecutivos, los cuales en su mayoría optan por personas con fuerte orientación al cumplimiento de las metas, perseverantes, con capacidad para asumir riesgos y habilidad en la búsqueda de nuevos desafíos, lo cual puede ser corroborado revisando los sitios web de diversas instituciones bancarias que ofrecen puestos de trabajo, señalando las características que deben cumplir sus trabajadores y lo cual se refleja claramente la visión del banco respecto de su propio negocio.

Así es posible advertir que el perfil del ejecutivo bancario o “banquero”, presenta varios puntos de coincidencia con lo señalado respecto del delincuente de cuello blanco y, por tanto, es necesario que el banco se ocupe de definir con claridad el perfil de sus colaboradores junto con reforzar el control de su gestión, con el propósito que la misma entidad sea capaz de identificar y manejar las situaciones de riesgo que se presenten en su interior. Se vuelve necesario que tanto los usuarios del sistema actúen con responsabilidad e información suficiente y los bancos se ajusten a las instrucciones de gestión y solvencia en el marco de una supervisión prudencial que realizan los reguladores sectoriales, ya que la mantención de un sistema bancario sólido es tarea de todos los sujetos que participan en él.

Lo señalado tiene especial importancia, debido a que las opiniones de expertos sostienen que el negocio bancario se encuentra en un proceso de fuertes cambios, ya que el cliente financiero busca soluciones rápidas, fáciles de usar y sobre todo que no interfieran con el normal desarrollo de su jornada diaria,³⁴ lo cual ha llevado a la industria bancaria a incorporar mayor tecnología a sus procesos y fortalecer sus servicios de asesorías a los clientes, ofreciendo soluciones ingeniosas para la solución de sus necesidades. Por lo tanto, la innovación y la alta competencia que imperará en esta industria seguirá poniendo de manifiesto la necesidad de contar con una adecuada gestión de riesgos al interior de las instituciones bancarias, debido a que la constante exigencia de innovación y obtención de resultados, la hace un blanco fácil para la comisión de eventuales delitos.

2. Principios del Derecho Penal en la Constitución de 1980.

En los primeros numerales de este Capítulo, se han revisado aspectos doctrinarios sobre el sentido y alcance del Derecho Penal Económico junto con un breve repaso de las características de su sujeto activo y pasivo, la cual ofrece una visión global de la materia.

Para los efectos de avanzar en este trabajo, es necesario realizar una breve revisión de los principios que orientan el Derecho Penal a nivel constitucional, lo cual nos permitirá posteriormente, tener una idea más clara respecto a la forma en que nuestro ordenamiento jurídico aborda los delitos económicos – en especial los delitos bancarios – y construir el marco jurídico sobre el cual se analizarán las conductas delictivas sancionadas en la Ley de Bancos.

Para los efectos indicados, diremos que la Constitución Política de 1980, establece que el Estado Chileno es una República Democrática y esa proclamación, en cuanto a ejercicio del poder punitivo estatal, no constituye una mera declaración de principios, es posible distinguir en dicho cuerpo y en las leyes supeditadas a éste, distintas normas que permiten hacerlo exigible.³⁵

Este principio suele ser conocido como el principio de supremacía de la ley, de vital importancia dentro del ordenamiento jurídico y garante del Estado de Derecho, por cuanto de la constitución derivan las garantías mínimas que tienen las personas ante el Estado, asegurándoles dignidad y seguridad. A su vez, el ejercicio del poder público, tiene como límite los derechos esenciales de la persona humana, debiendo ejercerse en conformidad a la ley vigente y a la jurisdicción definida en la misma, evitando que su ejercicio quede entregado al ejercicio arbitrario de la autoridad, tal como se desprende del capítulo I del texto constitucional sobre las Bases de

³⁴ GÓMEZ, Diego: Adiós al ladrillo: perfil del banquero del futuro. *Revista Dinero* en www.dinero.com [citado 09/05/2016].

³⁵ NÁQUIRA, Jaime. Principios y penas en el derecho penal chileno, [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23 de abril de 2008, <http://criminet.ugr.es/recpc> [consulta 04 de mayo 2016].

la Institucionalidad y que bajo el principio de legalidad, fija un ámbito de competencia expreso para los órganos del Estado, los cuales deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución Política de Chile³⁶, sin que pueda actuar más allá de las facultades que en forma taxativa le han sido otorgadas.

La consagración constitucional de los principios que rigen la aplicación del Derecho Penal tiene como función velar por la protección de los derechos fundamentales, limitar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, lo cual queda plasmado a través del principio de legalidad.

Además, es relevante indicar que este principio va unido a las ideas de seguridad y libertad, según la tradición político-jurídica europea y así se entiende que la legalidad es el medio con el cual un Estado de Derecho garantiza la libertad, porque la ley permite conocer los límites de la acción del Estado y el marco en que las decisiones individuales sólo dependen de la voluntad de la persona. Consecuentemente, la libertad presupone seguridad, y en especial, seguridad jurídica.³⁷

En el caso del Ordenamiento Jurídico Chileno, este principio queda de manifiesto en el artículo 19 N°3 del Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”, el cual contiene el catálogo de las garantías fundamentales que la Constitución le asegura a todas las personas. En materia penal, señala 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. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella³⁸.

A partir del reconocimiento del principio de legalidad por la Constitución, se desprenden una serie de efectos en materia penal: En primer lugar, el requisito de “Lex Stricta” con lo cual se prohíbe la aplicación o interpretación por analogía en materia penal, ya que la constitución exige que la ley que establece una pena, a su vez, tenga la conducta prohibida expresamente descrita en ella³⁹. Además, surge la necesidad de “Lex Scripta” exige que los delitos y penas sean establecidos mediante una ley, descartando a la costumbre y a la potestad reglamentarias como fuentes de derecho en materia penal.

³⁶ CHILE. Ministerio secretaria general de la Presidencia. 2005. Decreto 100 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

³⁷ BACIGALUPO Zapater, Enrique. Sobre Seguridad Jurídica y Derecho Penal Económico, cit en n.18.

³⁸ CHILE. Ministerio secretaria general de la Presidencia. 2005. Decreto 100 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

³⁹ A nivel de la doctrina este punto ha sido objeto de debate respecto de las conductas sancionadas por el Derecho Penal Económico, debido a que en aquellos casos en que el legislador no definió en forma estricta los elementos del tipo penal, son los tribunales los responsables de tal definición. De esa forma, un problema de lex certa se transforma en una inquietud de lex stricta.

Otra consecuencia del principio de legalidad se vincula con la exigencia de “Lex Certa” y requiere que el legislador establezca en forma precisa la conducta punible y la pena asociada al delito. A lo señalado debe agregarse la condición de “Lex Praevia”, lo que implica que los delitos deben haber sido tipificados mediante una ley promulgada con anterioridad a su comisión salvo que una ley posterior imponga una pena menos gravosa. Lo señalado deja de manifiesto que las leyes penales rigen hacia el futuro y la única excepción a esta regla tiene lugar en caso de aquellas leyes que resulten favorables para el reo.

A su vez, el Código Penal replica el principio de legalidad, mediante la definición del concepto de delito en su artículo 1º, al señalar que es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley y en el artículo 18 del mismo articulado, establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. De lo anterior, es claro advertir que el código reitera e incorpora en su articulado la esencia del principio de legalidad, al establecer la exigencia de una ley que consagre la conducta sancionada y las penas con anterioridad a su materialización, ello en clara sincronía con los preceptos constitucionales, tal como se señaló en los párrafos anteriores.

De la revisión de los elementos que dan cuenta del reconocimiento constitucional del Derecho Penal y su posterior regulación a nivel legal, es posible indicar que las disposiciones que han sido comentadas, dan cuenta de la doble dimensión del Derecho Penal, ya que no es tan solo un instrumento de control social primario, sino que además, es un mecanismo subsidiario de protección de bienes jurídicos, estimados relevantes para una sociedad moderna⁴⁰, lo cual otorga legitimación del ius puniendi, como vía para la protección de las garantías constitucionales, con ajuste a los principios que rigen en un Estado de Derecho

En virtud de lo ya señalado, es posible sostener que todas los requisitos que se han detallado y que deben cumplirse por la ley penal, resultan aplicables para el caso de los delitos económicos incluyendo aquellos que afectan la actividad bancaria, debiendo sujetarse al mismo estándar que exige la Constitución y el Código Penal respecto de las normas que establecen las conductas delictivas y las penas asociadas a las mismas, ya que sin importar el ámbito específico del derecho penal de que se trate, éste siempre opera como última ratio, lo cual implica que su aplicación tiene lugar sólo en casos estrictamente necesarios cuando se cumplen en forma estricta todos los requisitos y garantías del debido proceso, con respeto irrestricto a la dignidad de la persona humana, tal como lo exige un Estado de Derecho dentro de un sistema democrático.

3. Sobre orden público económico en la Constitución de 1980.

⁴⁰ CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Público y Constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal [en línea] www.ubo.cl [citado 31 de agosto 2016].

En el marco de esta investigación resulta necesario realizar unos breves comentarios respecto de las directrices que entrega la Constitución de 1980, respecto del ejercicio de la actividad económica en nuestro país, razón por la cual, es necesario referirse a la idea de Orden Público Económico.

El orden público económico como una realidad ha existido desde siempre y su conceptualización es posible ubicarla en torno a los inicios del siglo XX, específicamente con posterioridad a la II Guerra Mundial, mediante una fuerte presencia en los textos constitucionales incorporando una serie de preceptos de carácter económico y social, los que, complementando las disposiciones institucionales, diseñan el marco global dentro del cual se conciben las relaciones económicas al interior de la sociedad⁴¹.

En el marco de lo señalado, el orden público económico ha sido definido por el profesor José Luis Cea como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la comunidad de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la constitución.⁴²

De lo anterior, se desprende que el Orden Público Económico, en cuanto conjunto de normas y principios, no tiene la calidad de un orden abstracto o neutro en términos valóricos, sino que muy por el contrario, tiene una fuerte carga valórica y es el reflejo de la idea de la sociedad respecto del sentido y alcance de la actividad económica en el país.

Por su parte, nuestra Constitución no estuvo exenta de lo ocurrido con otras cartas fundamentales y cuenta con un claro sello en materia económica, pronunciándose sobre las bases del sistema económico del país y diseñando el marco estricto dentro del cual deben desarrollarse las distintas opciones de modelos y políticas económicas definidas en el momento por las autoridades políticas competentes⁴³. De esta forma se advierte que el texto constitucional incorpora un modelo concreto de relaciones económicas en el país y cuya orientación se identifica claramente con el modelo de la economía social de mercado.

De esta forma, queda de manifiesto que el concepto de Orden Público Económico a nivel nacional, da cuenta de las normas que configuran el núcleo básico del sistema económico institucionalizado en Chile, exclusivamente desde una perspectiva del derecho privado y sólo con intervención excepcional por parte del Estado a nivel regulatorio y no como agente económico, lo que se entiende como una excepción al orden natural que impone el libre mercado y en caso que

⁴¹ FERRADA Bórquez, Juan C. La Constitución Económica de 1980 Algunas reflexiones críticas. *Revista de Derecho*, volumen XI, 2000.

⁴² PEREIRA Fredes, Esteban. Orden Público Económico: Una propuesta de conceptualización, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 13 – 2008.

⁴³ Ibid

tenga lugar dicha intervención, se deberá llevar a cabo bajo una estricta aplicación del principio de Estado Subsidiario.

3.1. Los principios económicos de la Constitución de 1980.

En el marco de los principios entregados por el orden público económico, es posible observar en el texto constitucional una serie de principios que permiten reconocer que los lineamientos que dan sustento al ejercicio de la actividad económica en nuestro país son la libertad para el ejercicio de cualquier actividad económica, la no discriminación, el derecho de propiedad y la neutralidad que debe existir por parte de los órganos estatales que gozan de competencia en materia económica.

Los principios que han sido enunciados no constituyen meras declaraciones, ya que los derechos que emanan de ellos, se encuentran protegidos mediante el recurso de protección y el recurso de amparo económico, lo cual deja de manifiesto que a través de los derechos fundamentales de carácter individual, el constituyente ha realzado la superioridad de estos principios de economía de mercado, lo que unido a las bases institucionales y otros preceptos constitucionales similares, conforman el entramado principal sobre el cual se construye el sistema institucional económico.⁴⁴

En conformidad a lo ya señalado, es posible constatar que la organización económica que surge a partir de los principios del Orden Público Económico que establece la Constitución, se garantiza la libertad de los agentes económicos para su actuación al interior de la comunidad organizada, protegiendo la propiedad privada y al mercado como asignador de recursos. Este punto es de sumo interés para este trabajo y permite entender la forma en que se conciben las relaciones económicas dentro del orden jurídico nacional e identificar las razones que justifican la protección de determinados bienes jurídicos.

La organización de la actividad económica en nuestro país se sustenta sobre la base de los principios de Orden Público Económico que ya se han mencionado y a través de esas directrices, determinados bienes gozan de protección jurídica. Ello se debe a que tal como hemos dicho, el Orden Público Económico no da lugar a una regulación de carácter neutra por su alto contenido valórico y así, es posible entender el interés por proteger determinados bienes jurídicos en materia económica, debiendo agregar que autores como el profesor Juan Bustos, han entendido que los bienes jurídicos protegidos en esta materia, son aquellos sin los cuales el sistema social no podría funcionar, son conexos al funcionamiento del sistema, tienen por objeto asegurar su correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran producirse en el sistema social

⁴⁴ Ibid

al darse situaciones sociales conflictivas⁴⁵, quedando de manifiesto que los delitos económicos dan cuenta de una situación social conflictiva.

Entendemos que una situación social conflictiva, corresponde a un área donde existen intereses contrapuestos y respecto de los cuales, el Estado ofrece herramientas para su solución, no solo por medio de la dictación de normas que faciliten la convivencia sino también con instrumentos efectivos para la defensa de los derechos que consagra la constitución, en el caso que sean vulnerados.

Así queda claro que la constitución protege los derechos y libertades económicas privadas frente a las cuales al Estado le cabe una participación limitada y, por otra parte, se pueden identificar una serie de herramientas concretas a nivel constitucional, como los Recursos de Protección y Amparo Económico, los cuales permiten cautelar los derechos fundamentales en materia económica.

En el marco de la línea de investigación que seguirá este trabajo, referido al ejercicio y la regulación de la actividad bancaria como área de interés específica, es posible señalar que los bienes jurídicos protegidos por la Ley General de Bancos son la estabilidad financiera y la seguridad de los depositantes.

A partir de lo señalado por el profesor Juan Bustos y conforme al objetivo perseguido por la regulación sectorial, la Ley General de Bancos, contiene disposiciones que regulan las exigencias de capital, reglas para el otorgamiento de créditos, instrucciones para prevenir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, entre otras, con el propósito de lograr la estabilidad del sistema bancario, lo que se complementa con la inclusión de un catálogo de delitos en su capítulo XVII, lo que será analizado en detalle en los capítulos siguientes y constituye una muestra clara del interés del Estado por contar con un sistema bancario sólido.

La existencia de un sistema bancario que funciona en forma correcta y otorga garantías de estabilidad a sus depositantes, hace que éstos se sienten seguros de dejar su dinero en los bancos y queda de manifiesto que el uso de los fondos del público para la realización del negocio de los bancos explica la relevancia de la confianza pública en la actividad del banco y el miedo a las denominadas corridas bancarias, descritas como episodios donde los ahorrantes proceden a retirar sus fondos del banco debido a la pérdida de confianza de éstos hacia la entidad en cuestión⁴⁶

En virtud de los temas que han sido abordados en este capítulo, es posible concluir que la Constitución Política del Estado ha entregado claras directrices para el ejercicio de la actividad

⁴⁵ CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada, en www.ciidpe.com.ar [citado 03 09 2016], p. 30

⁴⁶ MELLA Cáceres, Rodrigo y otro: *Derecho bancario*. 1° edición. Santiago, Legal Publishing Chile, 2016, p.13.

económica, con el propósito de impulsar su desarrollo con un claro acento en la iniciativa individual, limitando la participación del Estado en materia económica, a situaciones más bien excepcionales. Sin embargo, en la actualidad hemos visto que los procesos de concentración económica y los efectos de la globalización, han llevado a que las amplias prerrogativas entregadas al sector privado en materia económica, han desencadenado muchas veces prácticas impropias para mejorar su posición de mercado u optimizar las utilidades, las que en muchas ocasiones vulneran la legislación vigente e incluso llegando a sobrepasar el accionar del Estado atendidas sus limitadas facultades, situación que se ha visto favorecida por un claro marco para estimular una economía de libre mercado, con fuerte protección y libertades económicas privadas, en que el poder regulatorio del Estado queda disminuido y se le entrega, además, al poder judicial la tarea de resguardar estos principios.⁴⁷

De esa forma, la nueva realidad económica, que imponen el desarrollo y la globalización de los mercados, exige que los poderes públicos asuman un rol más activo en el resguardo del correcto funcionamiento del sistema económico, lo cual implica un rediseño del papel de nuestra “constitución económica”, posicionando el poder regulador que le cabe al Estado en estas materias.

Para ello parece necesario redefinir el rol del Estado en materia económica, no desde la perspectiva de aumentar su participación como un nuevo agente económico, sino que, a través del eventual fortalecimiento de sus órganos especializados, como es el caso de las Superintendencias.

Para los efectos indicados, se requiere rediseñar sus atribuciones fiscalizadoras y regulatorias, para que, dentro de la esfera de sus funciones, el Estado tenga mayores oportunidades de adelantar su intervención desde una perspectiva preventiva con el propósito de detectar aquellos ámbitos de la actividad bancaria, en que podrían prosperar conductas delictivas. De esa manera su fiscalización podría incluir las estrategias que permitan disuadir la materialización de hechos delictivos.

Lo señalado, no implica en ningún aspecto que dichos organismos fiscalizadores se transformen en policías sino que a partir de su juicio experto, puedan adelantarse e identificar los ámbitos de la actividad bancaria nacional que resultan más opacos frente a la fiscalización o más vulnerables ante la aparición de malas prácticas, como consecuencia de la velocidad que exhiben las comunicaciones y que permita la rápida réplica de determinadas conductas, todo ello, consecuencia del creciente fenómeno de la globalización.

⁴⁷ FERRADA Bórquez, Juan C.: cit. en n.22, pp. 52.

CAPÍTULO 2: CAUSAS DE LA CRISIS SUBPRIME Y SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

La investigación propuesta tiene por objeto avanzar hacia la revisión del catálogo de delitos que consagra la Ley General de Bancos en su Título XVII de las “Sanciones Penales” y para alcanzar el fin descrito, resulta necesario realizar un breve análisis de la última crisis de carácter financiero – denominada crisis subprime -.

En virtud del análisis propuesto, se procurará identificar las causas que permitieron el desarrollo de dicha crisis, con especial interés en la participación de los bancos dentro de tal proceso e identificar las condiciones que exhibía el sistema financiero en ese momento y que constituyen antecedentes relevantes para determinar si las regulaciones de carácter penal ofrecen una herramienta de protección efectiva para el correcto funcionamiento de cualquier sistema financiero.

2.1. Aspectos generales de una crisis económica.

Las crisis económicas son fenómenos que habitualmente se asocian a los ciclos económicos y cada cierto tiempo, el mundo se encuentra expuesto a la ocurrencia de un evento de tales características. Aun cuando lo señalado podría ser asimilado a una regla en la materia, las crisis económicas no pueden ser anticipadas con exactitud. Sin embargo, las experiencias previas permiten identificar algunas señales de alerta que deben ser atendidas por las autoridades sectoriales, debiendo disponer de los sistemas que les permitan monitorear en forma constante el desempeño de las entidades financieras, con acento en aquellos factores que permiten advertir alertas de riesgo, como ocurre en el caso de determinados productos o servicios bancarios que comienzan a expandirse rápidamente sin una regulación clara, el excesivo apalancamiento que registran ciertas entidades financieras o el conflicto de intereses que se va generando entre distintos agentes económicos, frente a la ausencia de un catálogo de prohibiciones o inhabilidades que establezca la segregación de funciones en el ejercicio de la actividad económica. Los elementos que se han señalado dan cuenta de aquellos síntomas que permitirían advertir si una entidad financiera presenta algún grado de dificultad y con las particularidades propias de cada evento, podrían resultar suficientes para identificar una crisis en desarrollo.

En relación con lo anterior, cabe destacar que, para los efectos de este trabajo, se entiende que las crisis bancarias generalmente se originan del lado de los activos de los balances de los bancos, y son consecuencia de un prolongado deterioro de la calidad de estos. Por tanto, para identificar los episodios de las crisis bancarias resulta útil analizar variables como la proporción de préstamos incobrables en las carteras de los bancos, las grandes fluctuaciones en los precios

de los activos inmobiliarios y de las acciones e indicadores de quiebras comerciales.⁴⁸ Frente a eventos como el analizado, se desprende que el acceso a la información financiera por parte de la autoridad competente, resulta fundamental para monitorear la calidad de sus activos y detectar eventuales alertas de deterioro que afecten a la entidad fiscalizada. Una labor de supervisión eficiente requiere contar con información oportuna que permita tomar a tiempo las medidas que permitan evitar el deterioro de una entidad bancaria y el consiguiente impacto dentro del sistema financiero.

El acceso a la información de carácter financiero de las entidades fiscalizadas por parte de la autoridad competente, da cuenta de un proceso que debe ser entendido en dos dimensiones: Por una parte, se trata de la información periódica que las entidades fiscalizadas deben remitir y que en la mayoría de las legislaciones tiene el carácter de estándar respecto de las entidades que realizan una misma actividad ⁴⁹ y por la otra, otorgar a la autoridad sectorial facultades que les permitan llevar a cabo una supervisión in situ⁵⁰.

El adecuado acceso a información bajo las modalidades que se indican permite a las autoridades fiscalizadoras conocer oportunamente la situación financiera de sus supervisados, especialmente en el caso de los bancos, monitorear su desempeño en términos de gestión financiera y de riesgo, especialmente respecto de los nuevos productos que ofrecen y su resultado, sin perder de vista el grado de participación que le corresponde a cada entidad bancaria dentro del mercado financiero.

2.2. Causas que dan lugar a la Crisis Subprime.

En el numeral anterior se ha señalado que las crisis financieras no pueden predecirse con exactitud, pero existen algunos factores que permiten advertir que el sistema financiero adolece de dificultades, lo que ofrece una oportunidad tanto a la entidad involucrada como a la autoridad sectorial, para adoptar medidas ex - ante y enfrentar las eventuales dificultades de la mejor forma posible.

En el caso de la crisis subprime, al igual que en el caso de otros conflictos anteriores, se trata de un evento que fue precedido por un periodo de bonanza que generó una expansión del crédito y aumentó el precio de distintos activos. A ello, se deben agregar los cambios que experimentó el sistema financiero mediante la irrupción del sistema de derivados que permitió el surgimiento

⁴⁸ PAÚL Gutiérrez, Jesús. Crisis bancarias. [en línea] <<http://www.expansion.com/diccionario-economico/crisis-bancaria.html>> [consulta: 09 julio 2016].

⁴⁹ En el caso de los bancos y conforme a las instrucciones legalmente impartidas por la Superintendencia de Bancos, las entidades sujetas a su fiscalización deben remitir en forma periódica archivos que dan cuenta de información contable y financiera, cuyo detalle se encuentra en el Manual de Sistema de Información, disponible en www.sbif.cl.

⁵⁰ En conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General de Bancos, el Superintendente a través de sus inspectores o agentes especiales, visitará las entidades sometidas a su fiscalización con la periodicidad que estime pertinente.

de las finanzas estructuradas, el que ofrecía una fórmula de financiamiento atractiva, pero con la dificultad que no conocer a cabalidad los detalles de su funcionamiento e impacto en momentos de crisis.

Los elementos señalados contribuyeron a crear un ambiente proclive para una crisis, debido que a nivel financiero la regulación no resultaba adecuada frente a la realidad imperante y adicionalmente, se registraban claras fallas de supervisión del mercado financiero.

2.2.1. Bonanza económica.

En los inicios del año 2000 Estados Unidos atravesaba por un periodo de bonanza económica, debido a que su mercado interno registraba tasas de interés muy bajas y a partir de ello, surgió un claro interés por parte de los bancos en obtener una mayor participación en el mercado, con especial énfasis en los créditos hipotecarios.

Al respecto, se debe considerar que se trataba de un proceso que se había iniciado en los años 80 y se mantuvo estable hasta que estalló la Guerra del Golfo en el año 1991 e incluso continuó con posterioridad a ella, logrando mantener su crecimiento económico en forma ininterrumpida.

El proceso de crecimiento económico de Estado Unidos no se detuvo con la Guerra del Golfo, la caída de las empresas punto com o con el ataque a las Torres Gemelas en el año 2001, debido a que el FED – Sistema de la Reserva Federal de los Estados -⁵¹ redujo drásticamente las tasas de interés, manteniéndolas en un nivel bajo. Lo anterior queda de manifiesto en que con fecha 3 de enero de 2001 la tasa de interés del FED era del 6,5 %. Desde entonces la redujo sistemáticamente y el 6 de noviembre de 2001 llegó a 1,75%⁵², lo cual otorgó gran dinamismo a la economía y a la vez, permitió al mercado disponer de importantes volúmenes de liquidez.

Lo que aquí se observa es que lo ocurrido con las tasas de interés, se debió al éxito de unas políticas monetarias que han mantenido la tasa de inflación en niveles históricamente bajos en las principales zonas económicas desarrolladas⁵³.

El efecto que genera una situación como la descrita, es que el endeudamiento resulta barato y el incentivo para el ahorro disminuye debido al bajo interés asociado a los distintos instrumentos de ahorro.

^a Se trata de una entidad autónoma, encargada de tomar decisiones de política monetaria, mantener la estabilidad del sistema financiero y supervisar las instituciones bancarias en el país, entre otras. Corresponde al Banco Central de Estados Unidos.

⁵² FERRARI César. Tiempos de incertidumbre. Causas y consecuencias de la Crisis Mundial. *Revista de Economía Institucional*. 10 (19), 2008: pp. 55- 78.

⁵³ NOVALES, Alfonso. Política Monetaria antes y después de la crisis financiera. Departamento de Economía Cuantitativa de la Universidad Complutense. [en línea]. Marzo 2010 < www.ucm.es>. [consulta 24 octubre 2016].

El proceso de bonanza apoyado por la política monetaria ya señalada generó un alto nivel de optimismo en los mercados, propiciando la expansión del consumo y de la construcción. A partir de ello, se registró un aumento de la producción y de las importaciones de materias primas y manufacturas.⁵⁴ Los factores señalados dieron lugar a una expansión del crédito, registrándose un fuerte aumento en el precio de los activos financieros (como acciones o bonos) y de los activos reales (propiedades inmobiliarias). En el caso específico de las viviendas, no sólo su precio era alto, sino que además las garantías hipotecarias asociadas a dichas operaciones de créditos estaban sobrevaloradas.

Tal como se ha señalado, por largos años las tasas de interés se mantuvieron bajas en Estados Unidos, lo cual permitió que las familias se endeudaran y aumentaran sus gastos, llegando a registrar un nivel de deuda que iba va más allá de sus posibilidades reales de pago, sin que ello resultara sostenible en el tiempo. Se trataba de una clara señal de alarma que surgió como consecuencia de las bajas tasas de interés mantenidas por el FED. A su vez, los inversionistas estaban interesados en aumentar sus ganancias y para ello, se crearon entonces mecanismos de inversión de corto plazo, cuyo respaldo o subyacentes eran de muy largo plazo, con el consecuente descalce de plazos.⁵⁵ De esa forma, es posible advertir que poco a poco se empieza a gestar una clara tensión al interior del mercado financiero.

La bonanza económica fue un elemento importante dentro de la crisis financiera del año 2008, debido a que la raíz de las crisis financieras se vincula directamente con el proceso de endeudamiento derivado del ciclo del crédito. Cuando se da un clima de optimismo y expansión económica, los estándares de evaluación de riesgos de flexibilizan y la disponibilidad del crédito aumenta fuertemente.⁵⁶ A partir de lo señalado, es posible entender cómo se generaron las condiciones que permitieron a importantes sectores de la población, alcanzar altos niveles de endeudamiento.

Los elementos ya mencionados resultaron ser claros incentivos para la adquisición de viviendas por parte de un sector de la población que no tenía posibilidades de acceder al financiamiento bancario, debido a que no cumplía con los requisitos que lo habilitan como sujeto de crédito.

De esa forma, el aumento de los precios de las cosas y las bajas tasas de interés, adquirir una hipoteca, esperar a que aumentaran aún más los precios y vender las casas hipotecadas

⁵⁴ FERRARI, César. Ob cit en n.6, p. 57

⁵⁵ ESPINOSA Rodríguez, Julio. La crisis financiera: ¿Estafa, mala gestión empresarial, mal manejo macroeconómico o una falta de regulaciones? [en línea]. *Economía y Sociedad*, números 37 y 38, Enero – diciembre de 2010. [citado 25 Octubre 2016].

⁵⁶ Ibid, p.14.

constituirán un gran incentivo para adquirir una hipoteca ya que la propiedad podía ser vendida posteriormente a un mayor precio y recibir capital adicional después de liquidar la hipoteca⁵⁷.

Al existir un mayor número de compradores de inmuebles con posibilidades reales de financiamiento, se produce un aumento del precio de los bienes inmuebles, como una clara alternativa de inversión, con lo cual el mercado empezó a mostrar un marcado interés por este tipo de bienes, para efectos de su adquisición o para el otorgamiento de algún tipo de financiamiento.

Un último elemento que permite entender la expansión sostenida para el otorgamiento de créditos se relaciona con el ánimo favorable que existía en el mercado para asumir mayores riesgos, ya no sólo en materia de financiamiento hipotecario, dando cuenta de un fenómeno que se extendió a otros sectores de la economía. Ello se explica porque desde los años noventa, los bancos empezaron a diversificar su cartera de productos financieros, lo que implicó que el mercado del crédito se moviera hacia aquellos segmentos de clientes interesados en pagar mayores tasas de interés por nuevas alternativas de financiamiento y a su vez, los bancos se mostraron dispuestos a asumir un mayor nivel de riesgo, abriendo el espacio para el surgimiento de nuevos y más sofisticados productos de financiamiento y de inversión.

2.2. Cambios en el Sistema Financiero de Estados Unidos

2.2.3. Cartera de Créditos Subprime: Concepto y características.

La crisis financiera del año 2008 ha sido denominada crisis subprime debido a que las características de la cartera de colocaciones a la cual pertenecían los créditos hipotecarios que dieron lugar al escándalo financiero.

El concepto subprime es un anglicismo utilizado para designar a los productos bancarios que son de alto riesgo por la persona que los concede⁵⁸. En materia de colocaciones bancarias, dice relación con una categoría de crédito dudosa, refiriéndose no al tipo de hipoteca sino a la calificación de los paquetes de inversión donde prime significa excelente y al calificar estas hipotecas como subprime era una manera de indicar que, aunque no tuviera la misma calidad, no representaba un riesgo significativo.

Se trata de créditos otorgados por debajo del estándar establecido para las colocaciones bancarias, debiendo precisar que el atributo subprime califica cierto tipo de préstamos, no a un

⁵⁷ REYES, Ricardo. Nota: La crisis financiera: orígenes y efectos. *Gaceta de economía*, año 14, n°26, <<https://scholar.princeton.edu/>> [citado 24 Octubre 2016].

⁵⁸ Hipotecas Subprime - ¿cómo debería ser una buena hipoteca ahora? <www.helpmy.com> [citado 30 noviembre 2017].

cierto grupo de familias pobres, desempleados o de color⁵⁹. En este ámbito es necesario señalar que lo relevante en este punto, es la calidad de la operación financiera que se cursa y no las características de las personas que contrataron este tipo de créditos, quienes finalmente sufrieron las consecuencias de la crisis financiera.

Son créditos cuya principal característica radica en que la evaluación de riesgo exigida para su otorgamiento no cumplió con los requerimientos estándar de solvencia y de evaluación de riesgo de crédito, destinadas a determinar si el titular de la operación financiera sería capaz de cumplir en forma oportuna con la obligación de pago que estaba asumiendo.

Se trata de operaciones de crédito que fueron sometidas a una evaluación de riesgo de crédito que era menos exigente, constituyendo una modalidad utilizada para la aprobación de distintos tipos de operaciones financieras, no sólo aplicable a los créditos hipotecarios, sino que también a los préstamos de consumo, automotriz y tarjetas de crédito. Las hipotecas subprime simplemente fueron la expresión más común de este tipo de créditos.

Algunas entidades financieras en Estados Unidos se especializaron en ofrecer hipotecas a personas que no podían certificar una capacidad de pago, no podían garantizar el pago de la hipoteca, razón por la cual se convierte en una hipoteca de altísimo riesgo⁶⁰.

Las personas que accedieron a este tipo de créditos eran aquellas que no lograron obtener créditos en otras instituciones, debido a su mala calificación como sujetos de créditos y son aceptados en aquellos bancos que otorgan créditos con calificación subprime, sin que se les exigiera la constitución de garantías adicionales como la hipoteca de un bien raíz o el otorgamiento de un aval.

Esa es la razón por la cual estos créditos eran considerados de alto riesgo, ya que la solvencia de la operación se sustentaba en la rápida elevación del precio del inmueble y no en una adecuada evaluación de riesgos, cuya adquisición se financia mediante créditos que pertenecen a la cartera subprime.

Lo anterior explica las razones por las cuales el otorgamiento de estos créditos quedaba sujeto a una tasa de interés más alta que la aplicada a operaciones similares, ya que esa era la forma que los bancos había determinado para amortizar el riesgo que implicaba la cesación de pago de estos créditos. Bajo este modelo, el deudor obtenía como beneficio la real posibilidad de acceder a una alternativa de financiamiento, aunque a un alto costo y las entidades bancarias colocaban créditos a un precio más alto, asumiendo el riesgo que la operación no fuera servida bajo los términos originalmente pactados. En este punto se debe recordar que este modelo de negocios

⁵⁹ CORREA, Eugenia y DUARTE César. Consecuencias de la crisis crediticia estadounidense sobre el balance de los conglomerados financieros en 2007. [en línea]. *Economía informa*. Enero- Febrero 2009. Número 356 <www.economia.unam.mx>.

⁶⁰ Hipotecas subprime o basura [en línea] <www.gerence.com> [citado 25 noviembre de 2017].

se estructura sobre el alza de precios constante de los inmuebles, lo que permite al deudor contar con una fuente de ingresos que le permitiría cubrir oportunamente con el monto del crédito otorgado.

Al respecto, se debe tener presente que el sistema hipotecario en Estados Unidos establece que las condiciones de la hipoteca dependen del perfil del solicitante, considerando el nivel de los ingresos o la puntualidad de los pagos y por tanto, los créditos de esta naturaleza terminan otorgándose a los que cumplen los requisitos pero existía un amplio segmento que no contaba con el puntaje requerido. En virtud de ello y para generar más ingresos, se amplió el perfil de las personas que podían conseguir una hipoteca. Lo normal era tener una calificación por encima de 800 y las hipotecas subprime se conceden a personas que calificaban por debajo de los 620 puntos.⁶¹ Esta calificación correspondía a la puntuación denominada FICO Score, que es la metodología más usada en todo el mundo para medir la solvencia crediticia del contratante de un crédito. Es un modelo estadístico que estima la probabilidad de que un individuo pague sus deudas a tiempo, y refleja los riesgos y costos de otorgar crédito a una persona, valorando en cada caso los siguientes elementos: el historial de pagos, la deuda total, la antigüedad; los tipos de créditos usados y el número de consultas crediticias.⁶²

Para las instituciones financieras este mercado se convirtió en un magnífico negocio, tanto que se crearon opciones de crédito para aquellos clientes que no eran solventes los llamados “Clientes Sub- Prime” y a los que prestarles representaba un riesgo muy alto. Esta acción estaba respaldada legalmente por la “Community Reinvestment Act” – Federal Financial Institutions, Examination-.⁶³

La Community Reinvestment Act (1977) es una ley federal orientada a facilitar el acceso a los préstamos a personas en condiciones precarias socioeconómicamente, como una forma de facilitar el acceso al crédito y que sectores más modestos se pudiesen convertir en propietarios.

Dicha ley prohíbe a los bancos ofrecer condiciones de crédito diferentes o denegar cierto tipo de servicios a clientes de ciertas áreas geográficas o zonas de una región. De eso se desprende que el objetivo de la ley era impulsar a las entidades bancarias a dar respuesta a las necesidades de crédito en las comunidades en que operan, incluyendo barrios con rentas bajas y medias, manteniendo la operativa bancaria segura y sólida.⁶⁴

La ley exige la evaluación periódica de los registros para verificar su cumplimiento, cuyos resultados serán tenidos en cuenta al solicitar permisos o licencias al gobierno. De esta manera,

⁶¹ ¿Qué ocurrió con las hipotecas subprime? [en línea] < www.helpmycash.com > [citado 30 noviembre 2017].

⁶² PINEDA Salido, Luis. La Crisis Financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional.[en línea] <https://dialnet.unirioja.es> [consulta 30 octubre 2017]

⁶³ Ibidem

⁶⁴ Palin Sarah. La crisis financiera, los partidos políticos en Estados Unidos y las elecciones II en <https://sarahpalininspanish> [en línea] < www.wordpress.com > [citado 28 octubre 2017]

tal disposición fue interpretada como una exigencia por parte del gobierno el otorgamiento de créditos a personas que no cumplen con los requisitos establecidos en tales materias.

En 1995 se lleva a cabo una reforma a la ley, con el propósito de impulsar aún más el otorgamiento de créditos a personas vulnerables, la cual consistía en que los bancos fueran evaluados por su nivel de cumplimiento a lo dispuesto por la Community Reinvestment Act y que además publicaran las cifras de los créditos otorgados por área, con especificación del nivel de renta y raza de los solicitantes.

Asimismo, se incentivó a las distintas asociaciones o agrupaciones sociales a reclamar contra aquellos bancos que no otorgaban suficientes créditos por zona geográfica, nivel de renta y raza. Lo más trascendente fue permitir a los bancos titularizar las hipotecas de riesgo más alto y una vez que eso se llevaba a cabo, venderlas en el mercado secundario, lo cual reviste un cambio muy importante debido que, hasta ese minuto, las hipotecas no podían venderse y debían estar respaldadas por depósitos.

Como consecuencia de las modificaciones a la Community Reinvestment Act, entre los años 1993 y 1998, los préstamos concedidos por mandato de esta ley crecieron un 39%. El resto de los préstamos en igual período sólo aumentaron un 17%. Los préstamos subprime crecieron un 760% para comprar viviendas y un 890% para refinanciación de préstamos hipotecarios existentes.⁶⁵

Esa fue la forma como los bancos enfrentaron las demandas de las diversas asociaciones sociales y gran parte de los créditos otorgados tenían un nivel de riesgo mayor, es decir eran hipotecas subprime que los bancos en otra situación no hubieran otorgado y que la legislación vigente incentivó claramente.

Esta modalidad de crédito tuvo su origen y desarrollo en un periodo en que el precio de los bienes raíces se incrementaba con mayor velocidad que el monto de los créditos y bajo esa perspectiva, el valor del inmueble seguía asegurando el pago del crédito.

Los bancos comenzaron a acumular una gran cantidad de hipotecas subprime, las que vendieron a los fondos de inversión de Wall Street para que no perjudicaran sus balances. Para colocar todas esas hipotecas de alto riesgo, se agruparon en un mismo paquete algunas con tasa de morosidad más alta junto a otras que tenían mejor calificación. De esa forma, los paquetes de las hipotecas parecían más fáciles de vender y percibidos como una inversión atractiva. Además, nadie creía que el precio de las viviendas bajaría, por lo que, si no se pagaba la hipoteca, al vender el inmueble se recuperaría la inversión.

Bear Stearns and Co fue el primer banco en titularizar las hipotecas subprime (1997) y luego en el año 2000, Fannie Mae adoptó la misma práctica mediante operaciones que llegaron a 2000

⁶⁵ Ibidem

millones de dólares en hipotecas subprime⁶⁶, lo cual impulsó el desarrollo de este mercado, lo que lleva a que los participantes de este mercado se entusiasmaran por invertir y perdieran de vista el riesgo implícito en estas operaciones.

En este sentido, los bancos al tomar conocimiento del interés de Fannie Mae y Freddie Mac por comprar hipotecas subprime, se preocuparon por hacer crecer el mercado hipotecario junto con desatender los estándares de análisis de riesgo que se requerían para el otorgamiento de financiamiento y que en términos concretos llevó a que las entidades bancarias flexibilizaran las condiciones para su otorgamiento.

Es así como en el año 2006, el monto de las hipotecas adquiridas por Freddie Mac y Fannie Mae⁶⁷ alcanzaron el 60% de las hipotecas del mercado secundario y en el mes de enero de 2007, las acciones de ambas entidades disminuyeron debido a la cesación de pagos de los deudores hipotecarios y la pérdida de valor de las propiedades que respaldaban las hipotecas vendidas.

La crisis tomó una dimensión peligrosa cuando Freddie Mac y Fannie Mae, comenzaron a ver sus acciones atacadas por los especuladores bajistas, a tal punto que el gobierno de Estados Unidos y la Reserva Federal tuvieron que anunciar su rescate. Tal decisión generó consternación en varios sectores liberales, los que adujeron que tales gestiones sólo empeorarían a largo plazo las prácticas éticas de los inversionistas, al fomentar prácticas temerarias con dinero público.

Con motivo de lo ocurrido con Freddie Mac y Fannie Mae, es posible preguntarse si el nivel de exposición que alcanzaron estas entidades se debió a su incapacidad de advertir el riesgo que conllevaba el agresivo plan de adquisición de hipotecas o sólo fue un efecto de la Community Reinvestment Act. Sin duda, estas son las preguntas que ante la definición de políticas financieras conviene formularse previamente.

Después de declarada la crisis, quedó en evidencia que la expansión del crédito era insostenible en los términos bajo los cuales dichas operaciones fueron otorgadas, ya que varios sectores de la población presentaban un nivel de endeudamiento excesivo y con ello, era posible advertir que no serían capaces de pagar sus obligaciones y que los precios de los activos tenían importantes componentes de burbujas, habiéndose alejado de sus valores fundamentales.⁶⁸

Al inicio de la crisis se argumentó que, el alza de los precios de las casas no se trataba de una burbuja, y que este fenómeno era sostenible debido a la innovación financiera, así como a la

⁶⁶ En el año 2001 un informe del Tesoro de Estados Unidos daba cuenta que no resultaba recomendable la adquisición de estos títulos por parte de instituciones como Fannie Mae y Freddie Mac, debido a que al tratarse de instituciones patrocinadas por el gobierno y cuyo objetivo es garantizar hipotecas junto con comprar y venderlas en el mercado secundario.

⁶⁷ Se trata de las dos sociedades hipotecarias más grandes del país y que juntas reunían la mitad del mercado de hipotecas sobre viviendas.

⁶⁸ CORBO Vittorio, DESORMEAUX Jorge y SCHMIDT-HEBBEL Klaus. La gran crisis financiera de 2007 – 2009. *Estudios Públicos*, 123, 2011: PP.8-67.

constante entrada de capitales de Asia y a las exportaciones petroleras⁶⁹. Lo que en realidad estaba ocurriendo era la gestación de una burbuja inmobiliaria, a partir de la cartera subprime.

Quedó claro que se había creado una situación artificial y el mercado reaccionó frente al alza de los precios que registraban los inmuebles, dando cuenta que se trataba de precios que eran muy altos y a la vez, no existía seguridad respecto del precio real de dichos bienes, lo que generó incertidumbre e hizo desaparecer a los compradores. Con ello, se paró el círculo virtuoso de financiamiento que se había generado en torno a los créditos subprime, registrándose los primeros casos de cesación de pagos.

Poco a poco el mercado inmobiliario empezó a registrar las primeras turbulencias y su señal más clara estuvo asociada al fin de la burbuja inmobiliaria, debido a que a pesar del amplio crecimiento del crédito hipotecario y del valor de los bienes inmuebles, el progresivo estrechamiento de prestatarios solventes incluso con estas técnicas de crédito, y el relativamente menor ritmo de crecimiento de los ingresos, produjo el irremediable freno de esta desbordada dinámica.⁷⁰ Lo que en este caso ocurrió fue una subida anormal y prolongada de los precios, donde esta alza de precios hace que cada vez haya más compradores para esos activos, lo que hace que los precios suban aún más (ley de oferta y demanda). Cuando los inversionistas se dan cuenta de las señales del mercado, es decir, de que los precios no son los reales, sumado al hecho de que ya no quedan compradores, los dueños de los activos comienzan a venderlos en el mercado, pero a un precio distinto al esperado y a la vez, menor al de adquisición.⁷¹

Así a comienzos del año 2006, los precios de las casas comienzan a disminuir, por lo que surgió el incentivo para incumplir con las hipotecas. La importante caída en el valor de las casas constituye un efecto de riqueza negativo para las familias. En efecto aumenta la probabilidad de incumplir con los pagos de las hipotecas⁷².

En virtud de lo anterior, los prestatarios empezaron a caer en insolvencia, luego fueron desalojados de sus inmuebles e incluso algunos los devolvieron en forma voluntaria, obteniendo por ellas un valor muy inferior al de los créditos hipotecarios con el que financiaron la adquisición de sus inmuebles. Es así como se explica que los deudores quedaron sin vivienda y con deudas.

Frente a esta situación, la FED empezó a bajar sistemáticamente su tasa de interés desde septiembre de 2007; a mediados de octubre de 2008 descendió al 1%. Para algunos prestatarios morosos esto no ayudó a cubrir atrasos y reanudar los pagos. Para otros, fue irrelevante: sin empleo no hay ingreso para consumir, menos para pagar créditos atrasados o nuevos.⁷³ A raíz

⁶⁹ REYES, Ricardo. Ob cit en n.10, pp. 5-6.

⁷⁰ CORREA Eugenia y DUARTE César. Ob cit en n°11, p. 8

⁷¹ AHUMADA Sebastián, REYES Camila y VILLARROEL Karina. Método Estudio de Eventos: Crisis Subprime (Ingeniero Comercial). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 2009.p. 23

⁷² REYES, Ricardo. Ob cit en n.10, p.6

⁷³ FERRARI César. Ob. cit en n.6, p. 58

de la caída del precio de las viviendas, las hipotecas constituidas quedaron sin respaldo y lo cual sumado a las hipotecas que ya estaban impagas, dejó en evidencia la estructura de derivados que estaba asociada a las mismas.

La estructura de derivados que se había organizado implicaba la existencia de una cadena de instrumentos derivados, los que, a su vez derivaban unos de otros y que, con la caída del precio de las viviendas y la consecuente falta de respaldo de las hipotecas asociadas a ellas, llevaron a que los inversionistas liquidaran sus inversiones y la falta de liquidez empezó a afectar a los bancos de inversión, dando lugar a importantes pérdidas.

A partir de la pérdida de ganancia que registraron los bancos, sus accionistas tomaron la decisión de vender sus acciones, impactando directamente la actividad bursátil.

Lo señalado deja de manifiesto que el deterioro experimentado por el segmento de créditos subprime y con la crisis del Banco Bear Stearns, cuyo hito se registra el día 12 de junio de 2007, cuando dos de sus fondos de inversión suspendieron actividades debido a las inversiones vinculadas a la cartera subprime, provocando el deterioro de sus activos y graves problemas de financiamiento, dan cuenta que la crisis financiera ya se había instalado en la banca de Estados Unidos.

La seguidilla de eventos gatillados a partir del deterioro de la cartera subprime, genera el surgimiento de un clima de desconfianza al interior del mercado financiero y los bancos en cuanto oferentes de crédito, se vuelven más conservadores en sus políticas de financiamiento, disminuyendo las ofertas de crédito junto con encarecer su costo mediante el aumento de las tasas de interés.

A todo este ambiente de desconfianza se debe agregar que, en marzo de 2008, el sector financiero experimentó el primer revés importante cuando el Banco Bears Stearns padeció serias dificultades de liquidez. La pérdida de confianza desapareció temporalmente cuando la FED autorizó su fusión con el banco de inversión JP Morgan.

En septiembre de 2008, los problemas se agravaron con la bancarrota de diversas entidades financieras relacionadas con el mercado de las hipotecas inmobiliarias. El 15 de septiembre de ese mismo año, el banco de inversión Lehman Brothers se declaró en quiebra haciendo que los mercados financieros bajaran drásticamente y que consecuentemente colapsara AIG una de las mayores aseguradoras del mundo.⁷⁴

⁷⁴ ANGORILLA Cerrato, Álvaro. Crisis Financiera en Estados Unidos en 2008 y repercusiones económicas, políticas y sociales en el resto del mundo. Facultad de Turismo y Finanzas. Grado en Finanzas y Contabilidad. Universidad de Sevilla. Julio 2014.

Otro elemento que se debe destacar se refiere a los importantes cambios que sufrió el sistema financiero – especialmente en el caso de los bancos – en cuanto a su funcionamiento.

Hasta entonces, los bancos asumían directamente los riesgos implícitos en el otorgamiento de un crédito y por ello, eran muy importantes las evaluaciones de la solvencia de los clientes y la disponibilidad de flujos que les permitiera asegurar el cumplimiento oportuno de los pagos acordados. La situación existente al momento de la génesis de la crisis subprime, daba cuenta que el sistema bancario tradicional se transformó en un sistema cuyo modelo de negocios se basa en la transacción de riesgo en el mercado financiero. Así, el riesgo en sí mismo paso a producir ganancias adicionales a las instituciones financieras mediante su venta a inversionistas dispuestos a diversificar sus portafolios con exposiciones a sectores y perfiles de riesgo – rentabilidad que anteriormente no estaban disponibles para ello⁷⁵.

En este caso se advierte un cambio de paradigmas en la forma de entender el negocio bancario y los incentivos están puestos en el otorgamiento de los créditos y no en su recuperación, ya que como se explicará en el numeral siguiente, el riesgo de estas operaciones ya no está radicado en el banco, sino que es asumido por los inversionistas que adquieren los instrumentos derivados. Ellos son los que asumen el costo de la eventual cesación de pagos de estos créditos.

2.2.4. La irrupción de las operaciones en instrumentos derivados.

Entre las causales que dieron lugar a la crisis subprime, se incluye la distorsión que afectó al mercado financiero. Su inadecuado manejo financiero, en parte obedeció a la explosiva ampliación que experimentó el segmento de créditos hipotecarios y también por la irrupción de las operaciones con instrumentos derivados, lo cual no había tenido precedentes similares hasta ese entonces.

Para entender el alcance de las distorsiones que experimentó el sistema financiero, es necesario tener presente que, al hablar de instrumentos derivados, se está haciendo referencia a “un instrumento financiero cuyo valor depende de un activo financiero subyacente en el futuro, ya sea un bono, hipoteca u otro”.⁷⁶

En este contexto, se debe considerar que importantes sectores del mundo económico han respaldado la desregulación de los mercados en favor de su autorregulación sobre la base de la capacidad del mercado para regularse.

⁷⁵ MANUELITO Sandra, CORREIRA Filipa y JIMÉNEZ Luis. *La crisis subprime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe*, Serie macroeconómica para el desarrollo N° 79 Cepal, Santiago, febrero de 2009, p. 17.

⁷⁶ ESPINOSA Rodríguez, Julio César. Ob cit en n.8, p. 32

En el caso de Estados Unidos, el proceso comenzó con la derogación de la Ley Glass – Steagall que separaba a los bancos comerciales de los bancos de inversión como una forma de evitar los conflictos de interés, lo que había quedado de manifiesto como una de las causales de la gran depresión de los años 30.

Este cambio normativo coincide con un momento en que los bancos de inversión estaban en pleno desarrollo, debido a que el mercado estaba interesado en obtener altos rendimientos a costa de una cuota importante de riesgo. Así comienza la desregulación del mercado, específicamente en el mes de abril de 2004, cuando la Comisión de Bolsa de Valores de Estados Unidos (SEC) permite a los más grandes bancos de inversión aumentar el ratio de deuda sobre capital y con ello, se les permite comprar un mayor número de instrumentos financieros respaldados por hipotecas.

Por esta vía la industria financiera va perdiendo el control de su gestión, dando lugar a una serie de hechos cuestionables y uno de los canales que dio lugar a tales excesos fue la explosión de los productos derivados, los cuales fueron definidos por los economistas como activos que volvían los mercados más seguros, pero finalmente los volvieron más inestables.⁷⁷

Las operaciones en instrumentos derivados se caracterizaron por contar con una estructura financiera que comprendía una reingeniería de flujos, a través del cual fue posible cambiar las condiciones iniciales de riesgo, rentabilidad y liquidez que habían sido pactadas para el otorgamiento de los créditos hipotecarios, permitiendo el surgimiento de un activo nuevo bajo condiciones distintas al crédito original. En relación a este punto, es necesario recordar lo que ya se señaló respecto del negocio bancario, debido a que el incentivo para los bancos estaba en la colocación y no en su recuperación, ya que como se señalará, es el inversionista quien asume el riesgo de la recuperación.

Lo anterior se debe a que las entidades financieras convirtieron los créditos hipotecarios en títulos y bonos de deuda, los cuales eran ofrecidos a los inversionistas en forma empaquetada, unidos a otros títulos de mejor calificación que en su conjunto constituían una sola unidad de inversión, dando lugar a un instrumento estructurado y que al venderse en forma agregada, tenía por objeto disminuir su exposición al riesgo, lo que dificultando el análisis individual de cada uno de los instrumentos que conformaban el paquete de inversión.

Esto es lo que se conoce como securitization (bursatilización en español), permitió el empaquetamiento de adeudos en instrumentos intercambiables en el mercado financiero, es decir, se empaquetaba un conjunto de activos que posteriormente se vendían⁷⁸ y con ello, se

⁷⁷ Desregulación = Crisis Financiera, lo ocurrido en 2008[en línea]< www.sectorial.com > [consulta 1 diciembre 2017].

⁷⁸ REYES, Ricardo. Ob cit en n.10, p. 2

lograba que disminuyera en forma artificial el riesgo de los instrumentos y mejorar su calificación, lo cual permitía ofrecerlos en el mercado, despertando el interés de los inversionistas.

Esta fue la vía por medio de la cual comenzó el contagio de las inversiones, ya que los mercados en que se transan estos instrumentos son de dos tipos: Una opción es acceder a las bolsas de comercio, las cuales son entidades que se encuentran sujetas a una clara regulación y organización. La alternativa es vender estos instrumentos en el mercado OTC – over the counter –, los cuales cuentan con una regulación más laxa que la aplicable a las bolsas de comercio. Finalmente, los instrumentos derivados de la cartera subprime fueron vendidos en el mercado OTC y tuvieron como destinatarios los mercados internacionales, con lo cual la crisis salió de Estados Unidos.

La modalidad de los créditos estructurados presentaba el problema que las hipotecas incluidas en ellos no eran de buena calidad. Se trataba de un modelo de negocios que necesitaba que el precio de los inmuebles no disminuyera y que el deudor pagara las cuotas de su crédito según las condiciones originalmente pactadas.

La crisis dejó en claro que el sistema financiero, ocultaba una combinación explosiva, en la que el alto volumen de papeles emitidos con respaldo en hipotecas subprime y vendidos en todo el globo, generó serios problemas a todas las entidades que habían adquirido estos instrumentos.⁷⁹ Se trataba de una estructura frágil que sucumbió rápidamente cuando se presentaron las primeras dificultades para la recuperación de los créditos.

La fragilidad a que se hace referencia se debe a que se trataba de créditos que se caracterizaban por su alto riesgo, debido a que su titular no era un sujeto de crédito y el proceso de análisis para el otorgamiento de estos créditos, fueron menos rigurosos y sólo se basaban en el rápido aumento de precio del valor de los activos.

A lo anterior, se debe agregar que, como parte del proceso de innovación financiera, se registró el surgimiento de los instrumentos derivados, los cuales, gracias a su novedad, gozaron de rápida aceptación sin que se tuviera un conocimiento acabado de ellos por parte de los inversionistas ni de las autoridades. Este desconocimiento se daba en dos ámbitos, por una parte del mercado no conocía bien como reaccionaban o como se debían administrar estos instrumentos en momentos de crisis y por el lado de la autoridad, no se conocía la real dimensión de la cartera de instrumentos derivados, lo que básicamente implicaba desconocer el número de operaciones existentes, el nivel de riesgo que ellas representan atendido su monto y la existencia de garantías asociadas para proyectar su impacto a nivel de mercado.

En cuanto a los inversionistas que se interesaron en este tipo de instrumentos, se trató de un grupo diverso, ya que algunos no contaban con mayor experiencia en este tipo de operaciones y

⁷⁹ Ibid, p. 35

también hubo inversionistas con un perfil más profesional, que estaba obligado a invertir en instrumentos con alta calificación como es el caso de los fondos de pensión o bancos de inversión y por tanto, este tipo de instrumentos se transforma en una oportunidad de inversión, debido a la buena calificación que exhibían.

De esa forma, la acelerada innovación financiera y el surgimiento y expansión de los derivados de crédito inauguró una nueva etapa en los mercados financieros: las finanzas estructuradas⁸⁰. Es así como el mercado se enfrentó a un nuevo modelo que implica una separación institucional entre el prestatario y prestamista; que se soporta en la calificación de las agencias calificadoras sobre miles y miles de documentos y participantes en el mercado; que comporta el desarrollo de complejos productos de aseguramiento frente a impagos y quiebras; pero que esencialmente opera fuera del balance de los grandes bancos comerciales y de inversión; con casi inexistente revelación de información financiera y por tanto enorme opacidad⁸¹.

Con lo anterior, queda claro que los bancos tuvieron incentivos para seguir otorgando préstamos con altas tasas de interés pero no tenían el mismo incentivo respecto de la evaluación de riesgo de tales operaciones, debido a que los títulos de deudas que emitían a partir de las operaciones de crédito hipotecarias, eran negociados por otras entidades de inversión distintas a los bancos, con lo transfirieron el riesgo asociado a estas operaciones y en forma paralela, los bancos eludieron los controles de solvencia, liquidez y análisis de riesgo que les eran exigibles.

En este caso, los bancos de inversión actuaron como intermediarios entre quienes necesitaban comprar viviendas y los inversionistas, a través de unos derivados denominados obligaciones de deuda colateralizada (CDO), con los cuales los prestamistas vendían hipotecas a los bancos de inversión y éstos a su vez, creaban los CDO junto con ponerlos en el mercado y eran adquiridos por inversionistas. Estos títulos tenían la nota de "AAA".⁸²

Por otro lado, la AIG comenzó a realizar la venta de unos seguros de impago de deuda, los cuales para los inversionistas que tenían CDO, funcionaban como una póliza y si perdían valor, la AIG respondía por las pérdidas. Esta posibilidad de adquirir tales seguros, despertaron un fuerte interés en el mercado y distintos bancos se interesaron en su adquisición como es el caso de Morgan Stanley, Merrill Lynch y Lehman Brothers.

Así fue como la excesiva especulación y escasa regulación llevó a la crisis del sistema de operaciones con derivados, llevando a la sobreexposición del mercado financiero y la dispersión de activos tóxicos en el conjunto de la economía, sentando las bases para el desarrollo de la crisis financiera.

⁸⁰ CORREA Eugenia y DUARTE César. Ob. Cit en n.11, p.5

⁸¹ Ibid

⁸² Desregulación = Crisis Financiera, lo ocurrido en 2008. Ob cit n.75.

Las prácticas financieras descritas constituyeron condiciones favorables para la crisis, contribuyeron a la distorsión del mercado y que tuvo su más clara expresión en el empaquetamiento de los créditos de la cartera subprime. La modalidad de venta de los créditos bajo el formato de empaquetamiento permite advertir un actuar fraudulento, que dificulta el proceso de evaluación por parte de los inversionistas y da cuenta de una maniobra destinada a mejorar artificialmente la calificación de los créditos subprime al agruparlos con otros de mejor calidad.

Adicionalmente este tipo de situaciones tienen altas repercusiones en una economía global, en la que los capitales financieros circulan a gran velocidad y cambian de manos con frecuencia y que ofrece productos financieros altamente sofisticados y automatizados, no todos los inversores conocen la naturaleza última de la operación contratada. Por tanto, no necesariamente conocen los riesgos de una maniobra de esta naturaleza⁸³. Se trataba de una práctica que, por las características señaladas, dificulta el proceso de calificación individual de los instrumentos y terminan ofreciendo por buenos instrumentos de inversión que en realidad pertenecían a una cartera con severas dificultades de recuperación, como era el caso de la cartera subprime.

Finalmente, es necesario reiterar que ningún factor fue suficiente por sí mismo para desatar la crisis, la combinación de una política monetaria sobre expansiva, la estabilidad y el optimismo generado por la Gran Moderación, y una política fiscal expansiva en el mundo desarrollado contribuyeron a crear un ambiente propicio para burbujas en precios de activos. Las políticas monetarias y fiscal de muchos países centrales – incluyendo EEUU., Gran Bretaña y España – fueron procíclicas, profundizando la toma de riesgo, el incremento del crédito, el aumento del gasto privado y la expansión cíclica en 2003 – 2007. Esto contrasta con el caso de otros países industriales que tuvieron un manejo más prudente – entre ellos Alemania y los países escandinavos-, que aprovecharon las condiciones favorables para realizar ajustes.⁸⁴ Lo anterior muestra que las políticas aplicadas por muchas economías desarrolladas fueron deficientes y crearon condiciones favorables para el desarrollo de la crisis financiera más importante del siglo.

2.5. La desregulación del Sistema Financiero.

Los antecedentes que se han revisado en los numerales anteriores dejan de manifiesto que el sistema financiero falló y eso obedeció a principalmente a que el mercado tenía fallas de carácter estructural pero además la regulación y supervisión por parte de la autoridad, resultaron insuficientes.

En la década de los noventa en Estados Unidos enfrentó un proceso de importantes cambios legales respecto del ejercicio de la actividad financiera, lo cual tuvo como resultado una desregulación que llevó a la eliminación de las barreras entre la banca, las casas de bolsa y los

⁸³ La historia de la crisis financiera en Banca Fácil <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/contenido?indice=1.2.1>>. [citado 08 Agosto 2016].

⁸⁴ CORBO Vittorio, DESORMEAUX Jorge y SCHMIDT-HEBBEL, Klaus. Ob. cit en n.11, p.42.

seguros, así como a una serie de cambios que estimularon el desarrollo de un mercado subprime enorme⁸⁵. Se dieron las condiciones para crear un mercado bajo condiciones distintas a las que habían imperado hasta ese momento.

Este proceso tiene como antecedente que, como consecuencia de la crisis económica de los años treinta, la legislación económica de los Estados Unidos se ocupó de establecer una separación entre la actividad bancaria y bursátil y su primer hito en este proceso fue la dictación de la Glass – Steagall Act (1933), la cual prohibió a los bancos realizar operaciones de aseguramiento o tenencia de valores, en forma directa o a través de sus filiales. Además, prohibió que los bancos participaran en empresas no bancarias, así como que administraran fondos de pensiones o de inversión y crea un sistema bancario que diferenciaba entre los bancos nacionales, estatales y locales.

A lo ya señalado, se debe mencionar la creación de la SEC – Securities and Exchange Commission de Estados Unidos⁸⁶, como entidad reguladora del mercado de valores y cuyo objetivo principal es la protección de los inversionistas. Con este modelo de regulación, se buscó clara establecer una clara separación entre la actividad bancaria y bursátil, entendiendo que los bancos captaban recursos y eventualmente accederían al seguro de los depósitos, no realizarían actividades de especulación y se reduciría el riesgo moral, así como el conflicto de intereses.⁸⁷ Al respecto se debe mencionar que el interés por mantener separada la actividad bancaria de la bursátil, se justifica en que los depósitos de la banca, en la mayoría de los países, cuentan con una garantía estatal frente a eventuales problemas de solvencia que afecte a los bancos, a diferencia de lo que ocurre con los títulos que se transan en el mercado de valores que no cuentan con la misma protección y su rendimiento depende directamente del grado de especulación unido a ellos.

El modelo descrito es el que había imperado en el sistema bancario de Estados Unidos hasta los años 70, cuando en forma paralela empiezan a relajarse las regulaciones y a desaparecer la clara línea que separaba el ejercicio de la actividad bancaria respecto del mundo de los valores y que en la medida que se fueron concretando las modificaciones legales, se eliminaron todas las limitaciones que establecían la separación del ejercicio de la actividad bancaria respecto de la actividad bursátil. Se trata de un proceso orientado a la obtención de un mayor nivel de eficiencia sin tener en cuenta las consecuencias que ello implicaba, permitiendo a otro tipo de intermediarios ofrecer servicios similares a los de la banca comercial, como la emisión de cheques. A la vez, se relajó la regulación de la banca comercial, de modo que pudiera competir con los nuevos intermediarios financieros, pero la mayor competencia hizo que sus préstamos

⁸⁵ ESPINOSA Rodríguez Julio. Ob. cit en n. 10, p. 29

⁸⁶ Es la agencia federal encargada de la supervisión de los mercados financieros en Estados Unidos y su principal función es proteger a los inversionistas y mantener la integridad de los mercados de valores.

⁸⁷ ESPINOSA Rodríguez Julio. Ob cit en n.10, p.30.

comenzaran a ser a mayor plazo y con mayor nivel de riesgo.⁸⁸ De esa forma, los bancos empezaron a pedir financiamiento para solventar los créditos que otorgaban, aumentando su nivel de apalancamiento.

En relación con lo anterior, es posible señalar que en el año 1994 se dictó la Reegle Neal Interstate Banking Act y que autorizó a los bancos comerciales que, a partir del año 1997 adquirieran nuevos bancos y/o abriera sucursales en otros estados, con lo cual se incentivó la expansión bancaria, iniciando un proceso de fusiones y adquisiciones al interior de la industria bancaria.

En este proceso de cambios legislativos y con la aprobación de la Community Reinvestment Act (CRA), se buscó disminuir la discriminación en el otorgamiento de créditos, obligando el otorgamiento de préstamos las minorías étnicas y personas de bajos recursos y es así como en 1995, se establece un catálogo de sanciones que serán aplicadas, en el evento que los bancos no den cumplimiento a este tipo de instrucciones. Esta tendencia fue ratificada con la decisión del Congreso en 1992, al disponer que las entidades semi-estatales Fannie Mac y Freddie Mac ingresaran al mercado subprime. Lo señalado permite advertir que la crisis financiera tuvo como componentes las fallas estructurales que afectaban al mercado financiero junto con un marco legal que impulsó el desarrollo de la cartera subprime.

En virtud de lo señalado, los créditos que otorgaban estas entidades se caracterizaban por realizar una evaluación mínima de la capacidad de pago de sus clientes y la tasa de interés que aplicaban a sus colocaciones era fija durante un corto periodo y luego variable durante todo el tiempo restante. A su vez, los créditos se otorgaban por montos superiores al cien por ciento del valor del inmueble.

El proceso modificaciones legales que se venía gestando desde fines de los años ochenta, no tardó en cuestionar la validez de la Glass – Steagall Act, la que fue mencionada como referente de la separación estricta separación entre la actividad bursátil y bancaria, lo cual se mantuvo hasta el año 1999, cuando es derogada con motivo de la aprobación de la Gramm Leach Bliley Act en el mismo año, permitiendo a los bancos fusionarse y adquirir otras compañías, con lo cual los bancos pudieron incursionar en los negocios de los seguros y de la banca de inversión.

Finalmente, es posible señalar que quedó en evidencia que la normativa vigente al momento de la crisis no resultaba suficiente frente al grado de innovación financiera que presentaba el mercado, la cual no fue capaz de advertir el grado de riesgo que se alojaba en su interior.

2.6. Rol de las agencias calificadoras de riesgo.

Otro elemento que se ha identificado dentro de la crisis financiera subprime, es el rol de las agencias de calificación de riesgo, señalando que su gestión no habría sido la adecuada, debido

⁸⁸ NOVALES, Alfonso. Ob. Cit en n.6, p. 2

a que no realizaron rebajas a la calificación crediticia de los valores titularizados cuando comenzó a deteriorarse el mercado de vivienda norteamericano – les otorgaron las mejores calificaciones de riesgo AAA a los activos que desde su inicio fueron altamente riesgosas – y una vez que el mercado titularizado estaba colapsado, realizaron rebajas de rating en forma generalizada.⁸⁹

Estas compañías evidenciaron graves fallas metodológicas, basadas en análisis estrictamente financiero, y con sistemas rígidos y enlatados, para productos financieros y bajo la óptica de modelos neoclásicos para el caso del análisis de deuda soberana, lo que fracasó sistemáticamente.⁹⁰

Lo anterior tendría su explicación en una valorización imperfecta de los activos de titularización hipotecaria y los productos derivados asociados y también en un eventual conflicto de interés, debido a que los emisores son los agentes que pagan por el servicio de la calificación, la que a su vez será utilizada por los inversores en productos estructurados. De esta forma, las agencias terminan calificando a sus propios clientes.

Los errores cometidos por estas compañías no resultan inocentes, ya que sus calificaciones generan comportamientos de parte de inversores que causan grandes fluctuaciones en los precios de los activos, así como condicionan la dinámica macroeconómica de los países pequeños, que terminan volviéndose víctimas de ataques especulativos.

2.7. Fallas en la Supervisión.

A lo largo de este capítulo, se ha repetido en varias ocasiones que la crisis financiera no obedeció a una causa en forma exclusiva y por ello, el análisis de este proceso no estaría completo sino se menciona las fallas registradas en las labores de supervisión del sistema financiero.

La existencia de una regulación inadecuada resultó fundamental en el desarrollo de la crisis, ya que las autoridades sectoriales no utilizaron oportunamente las facultades que disponían para intervenir a las entidades que registraron las primeras alarmas de alerta.

En el caso específico de Estados Unidos, un elemento relevante es que las entidades fiscalizadoras contaban con las atribuciones para supervisar en forma adecuada a las entidades financieras, podían pedirles información financiera e impartir instrucciones a sus fiscalizados, ya sea de carácter correctivo o derechamente la intervención de alguno de los fiscalizados.

Este punto es importante y como lo sostienen diversos autores, entre ellos Vittorio Corbo respecto de las auditorías efectuadas a la gestión de la SEC sobre todos los bancos de inversión

⁸⁹ Angorilla, Alvaro.

⁹⁰ D'ATELLIS, Agustín. Las calificadoras de riesgo y su rol en las crisis financieras en <https://opinion.infobae.com> [citado 2 diciembre 2017].

concluye que la agencia falló en su labor supervisora, a tal nivel que no habría normado como y cuando debía entregársele información, y que de los 146 broker-dealers (instituciones financieras que compran y venden activos en beneficio de otros pero además hacen negocios propios) más importantes, la SEC sólo investigaba en profundidad a 6.⁹¹

En cuanto a los bancos de inversión, la autoridad encargada de su supervisión era la SEC y en el ámbito de sus atribuciones, tenía por lo menos en teoría, acceso a toda la información privada de la cual no disponía el mercado, incluyendo todas las inversiones que no se registraban en los estados financieros.⁹²

De lo anterior, se desprende que un universo importante de entidades no era supervisada y a su vez, la SEC registraba un importante atraso en procesar la información que recibía por parte de sus supervisados y fue lo que ocurrió durante el periodo en el cual se empieza a gestar la crisis, da cuenta que el supervisor sectorial disponía de antecedentes que permitirían advertir que el Banco Bear presentaba dificultades, debido a la SEC habría tenido acceso a información que daba cuenta del alto nivel de apalancamiento que registraba la entidad, el nivel de concentración de su cartera hipotecaria y las transgresiones a las normas de Basilea II, sin que tomara medidas al respecto frente a indicios que daban cuenta que existían alertas para estimar la solvencia del banco se encontraba en riesgo.

Las falencias de supervisión no se limitaron a la experiencia registrada por parte de la autoridad en el caso de Estados Unidos y experiencias similares se registraron en el Reino Unido, donde el FSA, encargado de supervisar el sistema bancario, no adoptó las medidas oportunas frente al caso del Banco Northern Rock o de Barclays, los que ya en una etapa temprana registraron claras señales de crisis.

A lo ya señalado, cabe agregar que la regulación económica vigente a la época, no tuvo en vista que un elemento importante dentro de la supervisión de la actividad financiera y es el riesgo sistémico, debido a que el supervisor sectorial no disponía de información global respecto del nivel de desempeño de las entidades fiscalizadas y de sus productos, lo que habría resultado útil para darle un tratamiento diferenciado a aquellas entidades que se encontraban bajo un potencial riesgo sistémico, como es el caso de las operaciones de derivados, respecto de las cuales no se conocían las cifras reales a nivel de industria. Ello debido a que dichos instrumentos se vendían en el mercado OTC, lo cual contribuyó a ocultar el real volumen de estas transacciones y dejarlo fuera del ámbito de supervisión de las autoridades, impidiendo que se pudiera advertir el impacto que estas operaciones tenían dentro del mercado financiero.

A estas alturas es necesario si existieron otros elementos que colaboraron con las fallas en las labores de supervisión, debiendo agregar dos elementos: La falta de presupuesto y

⁹¹ Ibidem p. 51

⁹² CORBO Vittorio, DESORMEAUX Jorge y SCHMIDT-HEBBEL, Klaus. Ob. Cit en n.11, p. 50.

capacitación. Este problema debe ser analizado teniendo presente que la industria financiera y las agencias supervisoras son adversarios: La industria financiera percibe la regulación financiera como un obstáculo a la eficiencia y rentabilidad de su negocio, y es la labor del supervisor determinar si la regulación se aplica o no,⁹³ con lo cual queda de manifiesto la posición antagónica que surge entre ambos actores.

Es así como las entidades financieras cuentan con más recursos y personas capacitadas frente al presupuesto reducido de las entidades supervisoras que tienen un presupuesto reducido que limita las posibilidades de capacitación de sus funcionarios y de captar nuevos talentos u ofrecer una carrera profesional atractiva. A lo señalado, se debe agregar que la labor del fiscalizador es silenciosa, con lo cual si su labor está siendo oportuna, en el sentido de evitar el incumplimiento por parte de sus fiscalizados, ese resultado no es percibido en el medio y su rol sólo sale a la luz en el evento que el sistema financiero registre algún tipo de problema, lo cual lleva a que sea muy difícil obtener un financiamiento proporcional al crecimiento que vaya registrando la industria financiera, quedando en una posición que le impide contar con la totalidad de los elementos necesarios para una supervisión eficaz.

2.8. La influencia de la Crisis Subprime en la Legislación Internacional.

Las circunstancias que llevaron a la crisis subprime dieron lugar a nuevas tendencias que tienen por propósito lograr un mercado más estable y transparente, sin que por ello necesariamente se tengan que disminuir los estándares de eficacia, debiendo los distintos actores del mercado incorporar una cuota del riesgo sistémico que afecta la actividad financiera.

Las nuevas tendencias regulatorias implican que el tratamiento del riesgo sistémico debe abordarse en el ámbito micro prudencial para identificar las contingencias internas que pueden afectar a las entidades financieras y también desde la perspectiva macro prudencial, la cual aborda los desequilibrios que pueden afectar al sistema financiero en forma global.

Estos cambios regulatorios pueden ser identificados en determinados sectores de la actividad económica, como es el caso del sector bancario y también en forma geográfica, distinguiendo las medidas tomadas en Europa y Estados Unidos.

2.8.1. Cambios regulatorios en el sector bancario:

En el caso del sector bancario, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea,⁹⁴ se ha ocupado de definir ciertos estándares de regulación y servir de ayuda para las entidades encargadas de llevar a cabo la supervisión de las entidades bancarias a nivel local.

⁹³ Ibidem, p.53

⁹⁴ Se trata de una organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria y cuya principal función es fortalecer la solidez de los sistemas financieros. Este comité fue establecido en 1975 por los presidentes de los bancos centrales de los países miembros del Grupo de los Diez (G-10) en aquel momento.

Por mandato del G-20⁹⁵ en la cumbre de 2009 y celebrada en la ciudad de Pittsburgh, se encargó al Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, la preparación de una serie de reformas para el sistema bancario y que atendieran las lecciones extraídas de la crisis subprime.

El diagnóstico efectuado por el Comité de Basilea da cuenta que la crisis reconoce dentro de sus causales las deficiencias del sector bancario, por ejemplo, el excesivo apalancamiento, la escasez y la mala calidad del capital y la insuficiencia de las reservas de liquidez. La crisis se vio agravada por un proceso de despalancamiento procíclico y por las interconexiones entre instituciones financieras de importancia sistémica⁹⁶. Lo que buscan las reformas del Comité es que los bancos mejoren su capacidad de reaccionar frente a situaciones de tensión.

Las reformas señaladas fueron denominadas como “Basilea III”⁹⁷ y algunas de las medidas que considera abordar los riesgos pueden afectar a la actividad bancaria, ya sea intra o extra situ, son las siguientes:

- 1.- Mejora del capital de los bancos para que puedan abordar de mejor manera las pérdidas durante el tiempo que se encuentren activos y también frente a un eventual proceso de liquidación junto con aumentar los requisitos de capital mínimo para los bancos.
- 2.- Incorporar un indicador de apalancamiento basado en riesgo para medir el capital y con ello contener el exceso de apalancamiento (que las entidades bancarias no se endeuden para financiar operaciones de colocación).
- 3.- Robustecer las normas referidas al proceso de revisión por parte del ente supervisor junto a la obligación de divulgación de información pública de carácter relevante.
- 4.- Incorporación de un colchón de conservación de capital mediante la acumulación de capital en momentos de auge y luego utilizar dichos recursos en momentos de crisis. Se trata de una herramienta a utilizar en forma contra cíclica y de esa forma, disminuir los impactos de las crisis.

2.8. 1. Cambios regulatorios por zonas geográficas.

La profundidad y seriedad de la crisis financiera, dio lugar a que los mercados generaran distintas reacciones frente a sus consecuencias y por ello, no es de extrañar que tanto Europa y Estados Unidos, tomaran medidas al respecto.

⁹⁵ Es un foro internacional formado por 19 países con economías importantes y se trata de una instancia de consulta e intercambio sobre temas relacionados con el sistema financiero internacional. Tiene por objeto mantener la estabilidad financiera. A dicha instancia concurren los Presidentes de los Bancos Centrales y Ministros de Finanzas.

⁹⁶ La respuesta del Comité de Basilea a la Crisis Financiera: Informe al G-20.

⁹⁷ Con motivo de la publicación de la Ley N° 21.130 se da inicio a la aplicación de los estándares definidos por Basilea III a la banca chilena.

La principal reforma que se llevó a cabo en Europa dice relación con la regulación de las calificadoras de riesgo (2009), estableciendo una serie de requisitos para su funcionamiento, en vista de los conflictos de interés que se registraron en la antesala de la crisis financiera. De esa forma, las clasificadoras de riesgo sólo quedaron autorizadas para prestar los servicios de calificación de instrumentos, quedándoles prohibidos prestar los servicios de consultoría. Además, quedaron sujetas a la obligación de informar públicamente los modelos y métodos en que se basan sus calificaciones junto con disponer de los mecanismos internos que le permitan revisar la calidad de sus calificaciones.

En relación a los cambios implementados con posterioridad a la crisis subprime en Estados Unidos, el más relevante es la dictación de la Ley Dodd-Frank (2010). Se trata de una modificación legal que implicó un cambio profundo al mercado financiero que considera requerimientos más estrictos de capital, cambios en los mercados OTC y en la toma de decisiones por parte de las entidades financieras, se trataba de una profunda reforma financiera abarcando casi todos los aspectos de la industria de los servicios financieros como respuesta a la peor crisis financiera desde la Gran depresión, con el objeto de devolver a los inversionistas la confianza en la integridad del sistema financiero.⁹⁸

En el marco de lo señalado, la ley establece que las entidades que se dediquen a la negociación de instrumentos derivados OTC, deberán realizar dichas operaciones a través de cámaras de compensación centralizadas, con el objeto de asegurar su supervisión y así corregir la falta de regulación que afectaba a este tipo de mercados durante la crisis financiera.

Sin perjuicio de ello, se permite que en algunos casos como el de los vehículos de inversión de las empresas que tienen la calidad de usuarios finales de este tipo de instrumentos, no quedarán obligadas a los requisitos de compensación centralizada, sin perjuicio de lo cual la Commodity Future Trade Commission (CFTC) y la SEC deberán coordinar en forma conjunta la fiscalización de operaciones con derivados.

A lo anterior, se agrega que los participantes en este tipo de mercados están obligados a publicar la totalidad de la información referida a operaciones de derivados, lo cual tiene por objeto mejorar los estándares de transparencia y asegurar que los organismos reguladores cuenten con información suficiente para monitorear los mercados.⁹⁹ Con lo cual se atiende la necesidad de entregar al supervisor y que resulta fundamental para la fiscalización de la actividad y aplicación de medidas oportunas frente a los indicios de crisis que sean detectadas, procurando una reacción más proactiva frente a lo ocurrido con motivo de la crisis subprime.

Adicionalmente se establecieron una serie de obligaciones a las entidades que se dedicaban a la venta de activos titulizados, como fue el caso de las hipotecas asociadas a los créditos

⁹⁸ SEC: Reforma financiera [en línea] www.boletininternacional.es [citado 21 agosto 2016].

⁹⁹Espinosa Rodríguez, Julio. Ob. cit en n. 8, p. 40

subprime, debiendo retener un porcentaje del riesgo de crédito asociado a la operación salvo que las garantías asociadas contaran con el estándar requerido que reduzca tal riesgo junto con entregar información de los activos subyacentes de la operación.

Las regulaciones a que se hizo mención dan cuenta de la respuesta por parte de las principales economías a las consecuencias que generó la crisis subprime, procurando abordar sus causales y otorgarles un adecuado tratamiento a las falencias sistémicas del mercado y de supervisión, mediante el aporte de entidades técnicas, como es el caso del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, con el propósito de contribuir a la reacción de la economía a nivel global.

CAPÍTULO TERCERO: CRISIS BANCARIA EN CHILE.

3.1. Panorama de la situación económica chilena a mediados de los años 70.

En relación con las causales que dieron lugar a la crisis bancaria que afectó a Chile en los años 1982 – 1983, existe un claro consenso en la literatura en cuanto a que dicha crisis se debió a dos factores: primero, la existencia de un mercado financiero desregulado y abierto al resto del mundo y, por otro lado, un ambiente macroeconómico del país en franco deterioro¹⁰⁰.

Para entender el impacto que esta crisis tuvo a nivel nacional, vale recordar que la historia económica de nuestro país da cuenta que nuestra economía no ha estado ajena a episodios de crisis y en tal sentido se debe indicar que Chile también resultó afectado por la gran depresión de los años 30, oportunidad en la cual el producto chileno cayó en un 50%, con motivo de la caída del precio del salitre y del cobre, sin que ello se reflejara en una crisis financiera, debido a la compra de los préstamos no recuperables del sistema bancario. El otro factor doméstico que evitó un colapso financiero fue la tasa de capital a deuda mantenida por el banco, que era de un veinticinco por ciento. Durante 1931 y 1932 los bancos se vieron forzados a absorber pérdidas equivalentes a cerca de un ocho por ciento de sus obligaciones¹⁰¹.

Posteriormente, el Estado implementó herramientas que colaboraron a disminuir el riesgo que genera la actividad financiera mediante la creación de un banco de propiedad del Estado y generando entidades de carácter estatal encargadas de promover proyectos de inversión como es el caso de la Corfo (1939). Además de estas iniciativas, el Estado se ocupó de rebajar progresivamente la tasa de encaje legal que en 1930 ascendía al 25% llegando en 1960 a 5%.

Así en torno a 1960, la economía experimentó un crecimiento sostenido, debido al auge del proceso de privatizaciones que resultó favorecido por el ingreso de recursos desde el extranjero y que fueron canalizados a través de los bancos, ofreciendo nuevas alternativas de financiamiento y generando un horizonte positivo para la economía nacional y el crecimiento del país.

Con el inicio del gobierno de don Salvador Allende Gossens en 1970, comienza el periodo de la coalición de la Unidad Popular y con ello, un proceso de reformas chileno. Lo anterior, a partir que el cuadro dominante en los mercados del mundo era un alto grado de intervención de las autoridades en el funcionamiento de éstos, lo que manifestaba, por ejemplo, en controles sobre las tasas de interés, y a menudo en la asignación del crédito¹⁰². Dicha coalición, a su vez, había

¹⁰⁰ CORREA Silva, Crithian: *La crisis bancaria de 1982- 1983 en Chile, utilizando modelos de duración* (tesis para optar al grado de Magíster en Economía de Recursos Naturales y Medioambiente). Concepción 2014.

¹⁰¹ BROCK, Philip L. *Crisis financiera chilena en Cuadernos de Economía*, año 26 N° 78, pp. 177 – 194, agosto 1989. Pp. 191

¹⁰² REINSTEIN A. Andrés y ROSENDE R. Francisco. *Reforma Financiera en Chile*. Capítulo 9 CEP en www.cepchile.cl [citado 14 02 2017]

definido como una de las medidas de su programa de gobierno, la nacionalización de los bancos. Al no contar con mayoría en el Congreso, las posibilidades de expropiar los bancos en forma legal, constituía una alternativa difícil de llevar a cabo y debido a ello, el gobierno buscó alternativas, decidiéndose a lanzar una oferta de compra de la totalidad de las acciones bancarias a través de la Corfo.

Esta iniciativa tuvo un éxito relativo debido a que ya había sido intervenido el Banco de A. Edwards y Cía. por haber otorgado unas garantías discutibles y se trataba de un banco que era el representante de lo más granado de la clase empresarial. El otro factor de éxito de esta iniciativa consistió en que las acciones habían bajado enormemente de precio justamente por los acontecimientos políticos y el presidente ofreció un precio bastante mayor al que tenían [las acciones] algunos meses antes de la elección.¹⁰³

Otro mecanismo usado en este proceso de nacionalización fue el nombramiento de interventores en los bancos, aprovechando las disposiciones que permitían nombrar un interventor con toma de administración por situaciones relativamente vagas, como usar procedimientos ilícitos en sus operaciones o incurrir en multas reiteradas, los bancos cuyos dueños no quisieron vender sus acciones a Corfo, fueron objeto de esta medida.¹⁰⁴

En virtud de las medidas descritas, a finales de 1971 la mayoría de los bancos se encontraban en manos estatales, con un interventor nombrado por el Estado salvo en el caso del Banco de Chile, el cual mantuvo su resistencia y del Banco do Brasil, en tanto banco extranjero y cuya sociedad matriz era estatal.

Al cambiar el gobierno en 1973, nuestro país inicia un proceso de privatización y clara liberalización de su economía, al igual como ocurrió con el resto de los países de América Latina, dando lugar a un proceso que permitió el desarrollo de sus economías y en especial, de sus sistemas financieros.

Los primeros antecedentes de tal proceso surgen a partir del año 1974 con la implementación de una serie de reformas que tuvieron por propósito implementar un nuevo modelo económico mediante la liberalización del mercado financiero, permitiendo la privatización de la banca nacional como contrapartida al proceso de estatización que se habían llevado a cabo y flexibilizando el ingreso a las entidades bancarias.

Este proceso se vio reforzado por la crisis del petróleo, debido a que, con el alza de la venta de los barriles de crudo, los países exportadores percibieron altos excedentes de dólares y éstos

¹⁰³ MORAND V. Luis. Apuntes de Fiscalización bancaria en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_1732.pdf

¹⁰⁴ Ibidem

fueron colocados en mercados emergentes como el latinoamericano y con ello, posibilitando una fuente adicional para financiamiento interno.

Como consecuencia de lo anterior, el acceso que Chile tuvo al crédito internacional durante el quinquenio 1976 – 1981 fue en términos muy ventajosos, tanto desde el punto de vista de los plazos como el nivel de las tasas de interés. Además, estuvo convenientemente regulado por el Banco Central, que estableció encajes en función de la longitud de los créditos (sus mayores plazos), todo lo cual permitió configurar un porcentaje de deuda externa bastante adecuado para el país¹⁰⁵.

Además de terminar con las barreras de ingreso a los bancos, se adoptaron una serie de medidas para aumentar la competencia y fomentar el intercambio económico a nivel internacional. Se trató de una serie de decisiones orientadas a introducir reformas a políticas dirigidas a mejorar la eficiencia de la economía. Se redujeron las tarifas, se levantaron las regulaciones con respecto a los precios domésticos, la intervención del Gobierno en el sistema bancario se minimizó, se terminaron los sindicatos a nivel de empresas, la reforma tributaria culminó en un impuesto al valor agregado que permitió la eliminación de otros impuestos distorsionantes y se privatizaron numerosas empresas estatales¹⁰⁶. Con estas medidas fue posible que se incrementara enormemente la eficiencia de las empresas que lograron sobrevivir a este periodo de reformas, debiendo comentar que, al inicio de 1980, la estructura de producción y operaciones de crédito, se dirigían principalmente a la producción de bienes y servicios intermedios no transables.¹⁰⁷

Este periodo es el que se denomina de la “plata dulce”, debido a que producto que la economía de Estados Unidos venía creciendo en forma sostenida, la fiebre de consumo se extendió al resto del mundo. En el caso particular de Chile, al inicio de los años 80 se registraban síntomas de recuperación y el Producto Interno Bruto (PIB) que había declinado entre 1971 y 1975, volvía a remontar, empujándose en 1980 a un 7,9%¹⁰⁸ y como consecuencia de ello, el consumo privado y las inversiones en capital fijo habían aumentado a niveles muy altos. Quedaba de manifiesto que el país se financiaba mediante la banca privada internacional.

En el caso específico de la industria bancaria, el proceso de liberalización se hizo en función de una institucionalidad deficiente pero que en su momento se consideró como la adecuada para el sistema financiero. Esta deficiencia se basa en la falta de normas prudenciales en la actividad bancaria, que provocó un sesgo en la consideración del riesgo de las colocaciones y depósitos, unida a un seguro implícito de depósito por parte del Estado, que en su conjunto llevó a que tanto

¹⁰⁵ VALDIVIESO A. Rafael. *Crónica de un rescate (Chile: 1973 – 1988)*. Santiago, Editorial Andrés Bello, 1988. P.241.

¹⁰⁶ BROCK L. Philip. Ob. cit en n.83.

¹⁰⁷ El sector de la economía denominado intermedio no transado se refiere a la electricidad, gas y agua, construcción, transporte y comunicaciones, comercio al por mayor y al detalle, sector financiero.

¹⁰⁸ El Mercurio. Reportajes del Sábado. Santiago. Chile. 12 de enero de 2008.

la autoridad, los depositantes y los gestores de los bancos no consideraran adecuadamente los riesgos de las operaciones bancarias¹⁰⁹.

En efecto el proceso se inicia con la liberalización de las operaciones de crédito, como una respuesta a los controles cuantitativos de diversa índole que regían el otorgamiento de créditos hasta el año 1973¹¹⁰, cuando se derogaron todas las disposiciones que obligaban a los bancos a otorgar créditos en determinadas condiciones.

Este proceso se profundizó al limitar las facultades del Banco Central referidas al control de crédito y captación de fondos junto con liberalizar las tasas de interés respecto de las operaciones de captación.

El proceso de disminución de las regulaciones del mercado financiero se llevó a cabo mediante la desregulación de las tasas de interés, reducción de las limitaciones a los créditos otorgados por las entidades financieras y menores restricciones a los niveles de reserva de los bancos junto con la autorización de ingreso de capitales desde el extranjero.

Este rol activo que el Estado había tenido en la actividad económica sufre un cambio de giro a partir de 1973, cuando se implementa una política económica, la cual, aunque estableció una política firme para reducir la dirección e intervención del Gobierno en el sector privado, no tomó ninguna medida durante la década de los 70 para elevar la tasa de capital a deuda obligatoria de los bancos¹¹¹.

Es así como se inició un proceso de liberalización y privatizaciones en las economías de América Latina que llevó a un desarrollo de la actividad económica y a la profundización de los sistemas financieros¹¹². En cuanto al proceso de liberalización que se menciona, se debe agregar que, en el caso de nuestro país, este proceso se llevó a cabo sobre un sistema bancario que se encontraba fuertemente reprimido producto de las estatizaciones de las empresas bancarias producidas pocos años antes. Este proceso fue acompañado también por la privatización de los bancos desde 1975 en adelante y por el afán de reorganizar el sistema.

En forma paralela, en el año 1979, la economía de Estados Unidos entra en recesión luego de desacelerar su crecimiento. A esas alturas Chile mantenía un alto nivel de dólares en circulación y pierde en forma repentina las fuentes de financiamiento extranjero, generándose

¹⁰⁹ ERRAZQUIN D. Ignacio. *Reformas y Tendencias recientes de la Legislación Bancaria Chilena* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile, Santiago, 2010.

¹¹⁰ HELD, Gunther y JIMENEZ, Luis. *Liberalización Financiera, crisis y reforma del Sistema Bancario Chileno: 1974 – 1999*. Serie de Financiamiento del Desarrollo N° 90, Cepal en www.cepal.org/es/publicaciones, [citado 2 02 2017].

¹¹¹ BROCK, Philip L. Ob cit en n.82, p. 191.

¹¹² VERA Romero, Francisco. *Constitucionalidad de la reforma de la Ley N° 18.576 frente al derecho de los depositantes*. (memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile, Santiago, 2009.

una situación muy compleja debido a que el país registraba un nivel de consumo muy alto y al subir las tasas de interés, producto de lo cual, se deterioran los términos de intercambio¹¹³.

Al momento en que caen los términos del intercambio, el sector financiero registraba importantes inversiones en áreas específicas de la economía y mantenía una gran deuda externa sin que contara con patrimonio suficiente para enfrentar una crisis financiera, lo cual termina generando una fuerte presión sobre los bancos.

En el caso de los bancos, se debe señalar que dentro de las medidas que llevaron a la desregulación del sistema financiero, se debe incluir la excesiva libertad otorgada a los dueños de bancos para efectuar préstamos a sus propias empresas, y no observar que los activos de los bancos se estaban deteriorando, presagiaban algún sismo de proporciones.¹¹⁴

Los cambios que se llevaron a cabo fueron importantes y permitieron que Chile empezara a crecer a un ritmo sostenido como consecuencia del proceso de privatización de las empresas y debido al financiamiento proveniente de capitales extranjeros que principalmente fueron inyectados al sistema bancario, el cual ya mostraba los primeros frutos de su proceso de capitalización.

La presión que recayó sobre los bancos hizo que el sismo que se anunciaba, se tradujera en una crisis concreta, debido a que la situación financiera se deterioró muy rápidamente y el 2 de noviembre de 1981, el gobierno toma la decisión de intervenir 8 bancos, entre los cuales se encontraba el Banco Español- Chile y el Banco de Talca, los cuales negociaron con grupos españoles ya instalados en Chile, quienes compraron el activo calificado del banco, el que fue incorporado al Banco Santander-Chile y Centrobanco. El resto de los bancos intervenidos fueron declarados en liquidación por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Otro elemento importante de mencionar es la reacción de las autoridades, las cuales no tenían clara conciencia respecto de las implicancias de la situación financieras que registraba el país en ese momento y mantenían la convicción que la paridad dólar – peso era una fórmula que ofrecía condiciones de estabilidad a la economía nacional.

Conforme pasaba el tiempo, en el mes de mayo de 1982, el gobierno tuvo que realizar una nueva intervención bancaria, la cual incluyó al Banco Austral de Chile y al banco de Fomento del Bío Bío. Posteriormente, en el mes de junio del mismo año, el gobierno tomó la decisión de devaluar el peso ante el dólar, con lo cual la divisa extranjera quedó en \$47 y en agosto llegó a más de \$80, como producto de la libre flotación de su valor. Para poder mantener el equilibrio del

¹¹³ Los términos del intercambio se refieren a la relación entre el precio de las exportaciones respecto del precio de las importaciones.

¹¹⁴ MORAND Valdivieso, Luis. Ob. cit en n.85.

sistema financiero, el gobierno además estableció una tasa de cambio preferencial para el pago de las deudas en dólares al momento de la devaluación del peso.

Atendida la situación que presentaban los bancos, el gobierno tuvo que adoptar una serie de medidas que colaboraron a mantener la liquidez y solvencia de los bancos, lo cual se materializó en la compra de cartera riesgosa o irrecuperable de bancos no intervenidos por parte del Banco Central y es esta medida la cual se identifica con el origen de la deuda subordinada por parte de los bancos con el Banco Central y que aún algunos aún mantienen hoy.

No obstante, las medidas adoptadas, la situación siguió empeorando y el 13 de enero de 1983, el gobierno intervino los bancos de los principales grupos económicos del país, lo cual incluyó al Banco de Chile y al Banco BHC pertenecientes al Grupo Vial, al Banco de Santiago y a la Colocadora Nacional de Valores de propiedad del Grupo Cruzat. La intervención de los bancos en esta oportunidad representaba cerca del 45% de los activos totales del sistema bancario nacional.

Con la intervención de los bancos quedó en evidencia una serie de malas prácticas que se estaban llevando a cabo y en el caso del Banco de Chile dejó al descubierto el mal uso que el Grupo Vial había dado a un banco que funcionaba en Panamá y que pertenecía a los bancos de ese grupo, al Sud Americano y al O'Higgins. El grupo Vial había obtenido ingentes créditos a través de ese banco, eludiendo los depósitos que el Banco Central exigía a los que se constituían a corto plazo.¹¹⁵ Esto deja de manifiesto que existían claras debilidades en la regulación del sistema y las labores de supervisión que fueron llevadas a cabo.

La reacción de los grupos controladores ante las medidas intervencionistas de la autoridad fue diferente: En el caso del grupo Vial, éste recurrió a la vía judicial para enervar la decisión e intervención del Banco de Chile y por su parte el grupo Cruzat, optó por iniciar todo tipo de gestiones extrajudiciales para poder salvar la situación, las cuales dieron lugar a la Comisión progresista, que tuvo por propósito llevar a cabo una liquidación ordenada de activos.

Los antecedentes revisados nos entregan una clara idea del entorno en el cual se gestó la crisis bancaria chilena de los años 80, permitiendo identificar las causas que dieron lugar a la misma, conforme a los que se analizará en el numeral siguiente.

3.2. Causas de la Crisis Bancaria en Chile:

La crisis bancaria de 1982 no se reduce a un solo elemento que explique en forma exclusiva el desenlace del proceso y resulta conveniente recordar lo señalado en su oportunidad con motivo de la crisis subprime, en el sentido que este tipo de fenómenos no obedecen a la existencia de

¹¹⁵ MORAND, Valdivieso, Luis. Ob. cit en n.85. p. 15.

un solo elemento y se logra explicar por la conjunción de varios de ellos, que permiten su desarrollo y fue lo que ocurrió en el caso chileno.

A) Financiamiento de fuente extranjera:

Esta situación tuvo lugar debido a que en Chile existía un bajo nivel de ahorro local que permitiera el financiamiento de inversiones, razón por la cual, fue necesario buscar una alternativa foránea.

A lo anterior contribuyó que los mercados internacionales contaban con altos niveles de liquidez y diversos bancos internacionales tenían presencia en América Latina, lo cual permitía que ofrecieran alternativas de financiamiento a nivel local.

De esa forma, el financiamiento extranjero permitió aumentar rápidamente los niveles de crecimiento de la economía nacional y al mismo tiempo incentivó el incremento de las importaciones por sobre la producción nacional, con lo cual la actividad económica nacional quedó muy expuesta a los vaivenes internacionales y tal como ocurrió con motivo de la recesión de 1981, Chile se volvió vulnerable a los efectos derivados del deterioro de los términos de intercambio y aumentos de las tasas de interés internacional, lo que llevó a que con el tiempo las deudas contraídas con motivo del endeudamiento con el exterior fuesen más difíciles de cumplir, debido a que se fueron encareciendo producto del incremento del tipo de cambio.

Otro aspecto para considerar es la ligereza e imprudencia exhibidas por la banca internacional ante los países iberoamericanos en general y ante Chile específicamente (sin hablar para nada del tercer mundo), para otorgarles el volumen de créditos que le concedió.¹¹⁶

Al respecto es posible señalar que hasta 1975, prácticamente todos los créditos recibidos por los distintos países eran gubernativos. Estos autorizaban directamente o a través de agencias encargadas de concretar y materializar dichas operaciones. Salvo unos pocos grandes bancos de alguna exposición internacional, el resto de la banca norteamericana y europea carecía de experiencia en el campo de colocación de créditos en los países iberoamericanos.¹¹⁷

Así es necesario comentar que el expansivo financiamiento externo fue un arma de doble filo, por una parte, permitió financiar mayores niveles de importación y de formación de capital, ayudando a mantener en muchos países ritmos de crecimiento económico mayores que los que habría sido posible alcanzar en su ausencia. Por otra, contribuyó a prolongar la aplicación de políticas que necesariamente tenían que conducir e incrementar las presiones inflacionarias y/o generar crisis de balanza de pagos.¹¹⁸

¹¹⁶ VALDIVIESO A. Rafael. Ob. cit n.87, p. 242.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ ERRAZQUIN D., Ignacio. Ob cit n. 91, p. 54

El efecto del excesivo financiamiento externo se reflejó en un aumento explosivo del nivel de las importaciones y las exportaciones e industria nacional que competía con las importaciones fueron perdiendo competitividad. Sin embargo, aún con un desbalance en la balanza comercial, no hubo mayores preocupaciones puesto que el constante flujo de financiamiento externo permitió cubrir esos desequilibrios¹¹⁹. Si bien existía un equilibrio muy precario en términos financieros, el país cada vez se hacía más vulnerable frente a los eventuales deterioro que llegara a registrar la economía internacional y así fue como al gatillarse la recesión mundial a principios de la década de los 80, la economía nacional terminara fuertemente golpeada ante la brusca caída del ingreso de financiamiento externo.

B) Tipo de cambio fijo:

La alta disponibilidad de divisas en el mercado internacional producto de la decisión de dejar fijo el tipo de cambio a \$39 en 1979 y junto a la abundancia de liquidez en el mercado producto de los altos niveles de financiamiento externo, llevó a aumentar el consumo interno y con ello el nivel de gastos se incrementó.

El modelo de tipo de cambio fijo se mantuvo hasta 1982, cuando se liberó el dólar y aumentó su valor, con lo cual la situación de los deudores se vuelve más compleja, debido a que su situación de deuda se encareció, disminuyendo las oportunidades de dar un cumplimiento oportuno de los compromisos contraídos.

C) Nivel elevado de las tasas reales de interés:

La tasa de interés real es una variable macroeconómica muy importante y que influye directamente en las decisiones de los inversionistas, especialmente frente a la eventual solicitud de un crédito.

Este tipo de tasa de interés corresponde a la rentabilidad de un activo luego de descontar la pérdida que sufre el dinero, a causa de la inflación.

En el caso de nuestro país, las tasas reales de interés se mantuvieron muy elevadas, no obstante que las captaciones de fondos de la banca se expandieron a razón de un 40% promedio por año entre 1977 y 1980, con un fuerte impulso de las obligaciones y préstamos contraídos en el exterior al término de ese periodo.¹²⁰ Lo que en este caso se observa es que frente al periodo de expansión crediticia que tuvo lugar durante el proceso de liberalización económica de mediados de los 70', el costo del crédito no disminuyó sino que se mantuvo caro, surgiendo la duda de cómo pudo ocurrir esto.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ HELD, Gunther y JIMENEZ, Luis. Ob. cit n. 92. p. 14.

Al respecto, surgen 2 explicaciones para explicar este fenómeno. Por una parte, desde una perspectiva estrictamente económica relacionada con la teoría del ingreso permanente y la otra con la conducta de los grupos económicos.

En el primer caso, ello tiene lugar cuando las personas observan que sus entradas van aumentando en forma sostenida y suponen que tal aumento va a mantenerse a lo largo del tiempo. Comienzan a contraer deudas en función de ese mayor ingreso futuro, del que esperan obtener los medios para pagar las obligaciones correspondientes. Naturalmente, todo esto da origen a una demanda creciente por nuevos y mayores créditos, actual que incide en la mantención de tasas de interés sostenidamente elevadas¹²¹.

Respecto a la conducta de los grupos económicos, cabe recordar que ellos establecieron una estrecha relación entre las entidades productivas y las financieras, unas y otras de su propiedad, con una innegable subordinación de estas últimas respecto de las primeras. En estas circunstancias, los créditos propuestos por las entidades productivas no eran sometidos a los "tests" del mercado, y simplemente se le concedía conforme a la relación de propiedad existente entre el solicitante y la institución financiera.¹²²

Al momento en que las instituciones financieras comenzaron a enfrentar los primeros problemas en el servicio de los créditos otorgados, procedieron a refinanciar los créditos sin finiquitar a muchos de ellos, lo cual hizo que los bancos por esta vía absorbieran una alta cuota del crédito disponible y elevar las tasas de interés.

Con motivo de la intervención de 4 bancos a fines de 1981, la autoridad monetaria, para mantener la confianza en el mercado, decidió entonces reconocer todos los depósitos existentes en esas instituciones. Todos los pasivos internos y externos fueron garantizados por el Estado en un ciento por ciento, lo que dio nacimiento a un círculo vicioso negativo, a un elemento perverso: los bancos, para captar depósitos, deberían ofrecer tasas altas, y los depositantes, sin analizar mayormente los riesgos que implicaba colocar sus ahorros en este o aquel banco pues sabían que la cuenta iba a pagarla el Estado, sólo tenían una preocupación: ubicar al que ofrecía un mejor interés.¹²³

D) Deficiente administración del riesgo:

Como se señaló en los numerales anteriores, la economía nacional se vio sometida a importantes presiones, debido al alto volumen de capitales que ingresaron desde el exterior y la brusca disminución que posteriormente se registró debido a los efectos de la recesión pero el factor que terminó siendo desequilibrante fue la deficiente administración que los bancos hicieron respecto del riesgo, a raíz de la falta de rigurosidad en sus políticas para el otorgar financiamiento

¹²¹ VALDIVIESO A. Rafael. Ob. cit n.87, p. 242.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem

y en especial créditos a personas relacionadas por propiedad o gestión al mismo banco, esto tiene que ver con la colocación de las operaciones y también con la excesiva confianza que la garantía estatal siempre les permitiría contar con el apoyo del Estado frente a eventuales dificultades.

Es así como se generaron las condiciones para que los bancos manejaran el riesgo de forma deficiente y respecto de la cartera de colocaciones se olvidara la regla más importante para la estabilidad del sistema bancario, la cual consiste en otorgar créditos con los fondos obtenidos por medio de los depósitos y no mediante la obtención de financiamiento externo, ya que como se señaló en las páginas anteriores, ello hace que los bancos quedaran peligrosamente expuestos a las variaciones que experimenten los mercados extranjeros. Al respecto los bancos no contaban con activos suficientes para hacer frente en forma oportuna a las eventuales turbulencias que finalmente se presentaron.

E) Severas fallas en la regulación y supervisión de la banca:

La revisión de los factores financieros de la crisis lleva necesariamente a ahondar en el papel de la autoridad en el proceso y con ello, advertir la existencia de fallas en el rol de supervisión y regulación.

Durante el periodo en que se gesta la crisis fue posible advertir que la autoridad sectorial no disponía de los procedimientos que permitirán una evaluación de los riesgos asociados a los créditos, lo cual permitió su aumento explosivo, especialmente en los segmentos de grupos relacionados a los bancos junto a la renovación de créditos de alto riesgo, incluyendo la capitalización de elevados intereses reales devengados, pero no pagados efectivamente.¹²⁴

En cuanto a las operaciones crediticias con grupos relacionados, las disposiciones legales vigentes a esa fecha establecían como regla general o límite individual de crédito, la prohibición de conceder directa o indirectamente a una misma persona natural o jurídica, créditos por un monto superior al 5% del capital pagado y reservas, si el exceso del 5% correspondía a créditos cubiertos con garantías reales de igual valor o superior a dicho exceso. En el caso de créditos relacionados al banco, esos límites se hacían más estrictos y reducidos a la mitad, procurando con ello evitar los riesgos asociados a su concentración.

Frente a esta restricción de otorgamiento de créditos, los grupos económicos buscaron distintas alternativas para vulnerar la restricción, por ejemplo, mediante el otorgamiento de créditos a sociedades de inversión, las que en su mayoría eran sociedades de papel, una vez que se había utilizado el cupo autorizado a las sociedades con actividad efectiva y patrimonio real. Otra alternativa fue el otorgamiento de créditos cruzados con sociedades de otros grupos económicos y la capitalización de créditos mediante sociedades off shore.

¹²⁴ HELD, Gunther y JIMENEZ, Luis. Ob cit n. 92. p. 17

La falta de regulación y de supervisión quedaron de manifiesto además en los límites para el control de riesgos por pérdida y de constitución de reservas para contenerlos. Se hace mención a la falta de regulación en esta materia de manejo del riesgo de crédito, debido a que la Superintendencia de Bancos recién en 1978 fue facultada para calificar y evaluar el valor real de los créditos y de la situación financiera de los bancos y así apreciar su situación de solvencia contraponiendo estos valores con sus pasivos exigibles¹²⁵. En este proceso también se instruyó a los bancos en registro contable de las inversiones a valor real y entrega de información global al público y recién en 1980 estableció un método de clasificación de las colocaciones según diversas categorías de riesgo, sin que el resultado de estas estimaciones tuviera que ser informado al público, lo cual no es raro debido a que el nivel de pérdidas proyectadas debía comprometer la solvencia de los bancos.

Otro elemento importante dentro del manejo del riesgo de la cartera de crédito es el origen o financiamiento de los pasivos de los bancos, debido a que en su origen correspondían principalmente a depósitos y captaciones del mercado interno y posteriormente obedecieron a financiamiento proveniente del exterior, al levantarse las restricciones en cuanto al flujo desde el exterior.

Por otra parte, la expansión de la cartera de colocaciones no mantuvo un modelo de provisiones proporcional a su realidad, manteniendo el formato de “provisiones generales” que exigía un porcentaje sobre las colocaciones de crédito para cubrir eventos genéricos de pérdida más provisiones individuales sobre créditos en cartera vencida para cubrir situaciones de riesgo. La gran falla del modelo se orientaba a riesgos genéricos mediables ex - post y no tenía un rol preventivo.

Así se entiende que, en 1979, los requisitos de provisiones que se desprendían del acelerado crecimiento del crédito en una economía en auge condujeron a relajar significativamente estas normas.¹²⁶

Por otra parte, al registrar una colocación en cartera vencida, se generaba un claro impacto en los resultados de la gestión del banco y para eludir ese efecto, renovaban los créditos de baja calidad antes de su vencimiento y capitalizaban parte de sus intereses, lo cual se autorizó legalmente a partir de 1981.

Además, se debe mencionar que reinaba una alta desinformación respecto de los indicadores de cartera, rentabilidad y situación patrimonial, lo cual impedía conocer la situación real de los bancos, tal como quedó de manifiesto una vez que explota la crisis.

El último elemento que permite entender la crisis bancaria en nuestro país se refiere a que la legislación vigente a la fecha no contaba con la profundidad suficiente para abordar la realidad

¹²⁵ HELD, Gunther y Jimenez, Luis. Ob cit n. 92, p. 19

¹²⁶ HELD, Gunther y Jimenez, Luis. Ob. cit n. 92, p.21

de la actividad bancaria ni dotaba a los organismos supervisores de las facultades suficientes para poder fiscalizar en propiedad a los bancos y que, junto a los elementos ya mencionados, permiten reconstruir la peor crisis financiera que haya afectado a la economía nacional.

F) Garantía del Estado a los depósitos:

En este ámbito queda de manifiesto que el proceso de liberalización del mercado financiero llevado a cabo reflejaba una cierta tensión entre la idea de liberalizar y regular, ya que por un lado se quería lograr un mercado financiero libre y eficiente, y por el otro, la necesidad de establecer cierto marco regulatorio que quedó en evidencia respecto de la garantía estatal a los depósitos o seguro de depósitos.

El planteamiento de las autoridades fue que, si el mercado era libre y privado, no correspondía que se otorgara una garantía estatal sobre los depósitos. No obstante, la reiteración de episodios en los que las autoridades debieron comprometer recursos para permitir que las entidades financieras en dificultades pudieran honrar sus deudas contribuyó a alimentar la tensión entre el rol regulatorio de la autoridad y el objetivo de consolidar un mercado libre y privado.¹²⁷

En virtud de la falta de información disponible al público respecto de la real situación financiera de los bancos y producto de ello, quedaban impedidos de tomar decisiones respecto de los fondos depositados, surgió en forma explícita la garantía por parte del Estado frente a los depósitos y otros pasivos financieros, entendiendo que ante la falta de información surgía la obligación moral de la autoridad de proteger esos depósitos existentes en las entidades que posteriormente caerían en insolvencia.

Esto fue lo que ocurrió en el caso del Banco Osorno (1977), en que se aplicó una garantía estatal a los depósitos y captaciones en moneda nacional de las instituciones financieras hasta por un monto de 100 UTM (casi 3000 USD de la época)¹²⁸ y luego en 1983 al intervenir dos bancos privados, la autoridad otorgó una garantía total a los depósitos en cuenta corriente y a plazo hasta que finalmente esta garantía se incluye a la Ley General de Bancos en la reforma de 1986.

3.3. Medidas de la autoridad frente a la crisis:

En la línea de la investigación planteada, resulta de especial interés revisar las decisiones abordadas en materia legislativa, debido a que era clara la necesidad de fortalecer el sistema bancario, atendida la trascendencia que dicha actividad reviste dentro de la economía nacional.

¹²⁷ REINSTEIN A. Andrés y ROSENDE R. Francisco. Ob. Cit n 84. p. 348

¹²⁸ HELD Gunther y JIMENEZ, Luis. Ob. Cit n.92, p.24

Los antecedentes que han sido revisados muestran con claridad que los problemas de solvencia de la banca y el alto nivel de endeudamiento que registraba el mercado fueron los principales factores que gatillaron la crisis en estudio.

La adopción de medidas que permitieran palear la crisis tuvo como primera limitante la falta de información confiable respecto de la real situación patrimonial de los bancos y de las sociedades financieras, lo cual dificultó la implementación de un plan de ayuda mediante la liquidación o intervención de las instituciones afectadas, a partir de lo cual se explica que el proceso de saneamiento de la banca tomó casi 5 años, comprendiendo el periodo que va desde 1981 a 1986 y durante el cual se liquidaron instituciones financieras, se llevaron adelante programa de venta de cartera mala al Banco Central de Chile, tanto por parte de instituciones financieras intervenidas pero no liquidadas como no intervenidas (incluyendo a bancos extranjeros) y recapitalizaciones de instituciones financieras bajo diversas modalidades. Al mismo tiempo se efectuaron varias reprogramaciones masivas de deuda entre 1983 y 1985 y se pusieron en práctica programas de acceso a diversos precios preferenciales para deudores con operaciones en moneda extranjera¹²⁹.

El programa de regularización del sistema bancario comprometió el uso de recursos del Estado que resultaron equivalentes a un 35.2% del PIB.

El programa de regularización del sistema bancario incluyó las siguientes medidas:

A) Liquidación de las instituciones financieras:

El proceso de liquidación se desarrolló entre los años 1982 y 1986 e involucró a 16 instituciones financieras, las cuales al mes de septiembre de 1981 ascendía al 20% de las colocaciones del sistema financiero.

Este plan contó con un rol activo por parte del Banco Central de Chile al hacerse cargo del pasivo de las instituciones liquidadas. Posteriormente la Tesorería General de la República y el Banco del Estado de Chile, se hicieron cargo de los pasivos de las instituciones que fueron liquidadas en los procesos posteriores y en la medida en que se recuperaban los activos de estas instituciones, se realizaban abonos al mencionado banco. Los recursos públicos involucrados en la liquidación de bancos y sociedades financieras se han estimado en el equivalente al 10,5% del PIB¹³⁰.

B) Venta de cartera al Banco Central de Chile:

Otra medida que se implementó fue el programa de venta de cartera con compromiso de recompra al Banco Central de Chile, el cual consistía en el traspaso por parte de los bancos comerciales de aquellos créditos que poseían muy pocas posibilidades de recuperación, a precio

¹²⁹ HELD, Gunther y JIMENEZ, Luis. Ob. cit n. 92. p. 27.

¹³⁰ HELD, Gunther y JIMENEZ, Luis. Ob cit n.92 . p.28.

de libro¹³¹. A su vez, los bancos asumían un compromiso con el Banco Central, consistente en la entrega de las utilidades rescatables y del pago de dividendos a los nuevos accionistas que surgieron al amparo del capitalismo popular.

Esta fórmula permitiría a la banca transformar activos improductivos en activos que algo rentaran, como eran los pagarés de la institución compradora que devengaban una tasa de interés fluctuante entre un 5 y un 7%. Este nivel de rentabilidad permitiría a los bancos vendedores - según se esperaba – recomprar la cartera previamente vendida. Lamentablemente no ocurrió así, como lo demostró entre otros antecedentes, el hecho que la banca privada – en especial los bancos de Chile y de Santiago –, debieran continuar accediendo al redescuento del Banco Central,¹³² debido a que no tenían la posibilidad de captar recursos de otra fuente. Así quedó de manifiesto que la expansión crediticia estaba siendo financiada por parte del Banco Central y al final del día, quedaba en evidencia que en realidad se estaban financiando operaciones incobrables.

Los créditos traspasados al Banco Central mediante la venta de cartera ascendieron a 3 billones de dólares y representaban el 28% de la totalidad de los créditos existentes a esa fecha en el sistema financiero.

Este plan se llevó a cabo en dos oportunidades: La primera de ellas mediante la entrega de títulos de crédito a cambio de una letra del Banco Central y en la segunda ocasión mediante la venta de cartera contra la entrega de un pagaré emitido por el mismo banco. De esa forma, bajo la primera modalidad el objetivo era diferir en el tiempo el reconocimiento de deudas y en la segunda oportunidad, se buscaba otorgar más liquidez a los bancos.

D) Acceso a precios preferenciales para la compra de divisas:

Con motivo de la devaluación que sufrió el peso en el año 1982 y los problemas de pago que ello presentó a los deudores que mantenían obligaciones en moneda extranjera y el Banco Central estableció distintas alternativas, las cuales permitieron a esos clientes acceder a un tipo de cambio inferior al que ofrecía el mercado en ese momento y con ello, entregar alternativas que les permitiera hacer frente a las obligaciones en moneda extranjera.

E) Capitalismo popular:

Para los efectos de incentivar la capitalización de las entidades intervenidas, los bancos emitieron nuevas acciones que gozaban de beneficios tributarios y programas de financiamiento para su adquisición, con ello se abrían posibilidades concretas para su suscripción y pago por parte de los nuevos propietarios. Se trata de un plan que se implementó en el Banco de Chile y en el Banco Santiago.

¹³¹ VERA Romero, Francisco. Ob cit n.94.

¹³² VALDIVIESO A, Rafael. Ob. cit n.87, p. 246.

En estos casos, el programa se llevó a cabo mediante la venta de acciones a pequeños accionistas, quienes efectuaban dichas adquisiciones a través de la obtención de créditos por parte del Estado, mediante la agencia de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). De este modo, el crédito era inmediatamente garantizado con el avalúo que importaba la adquisición de las acciones¹³³.

De esa manera, entre los años 1884 y 1987 el sistema bancario recolectó una cifra cercana a los 900 millones de USD, con lo cual se registró un aumento bruto del 60% del sistema financiero.

Es posible apreciar que mediante la fórmula del capitalismo popular fue posible lograr la privatización de los bancos que se encontraban en poder del Estado y además de diluirse su propiedad, se disminuyeron los riesgos de quiebra de la entidad debido a que los principales accionistas sólo mantuvieron un control del 6% al 10% de la propiedad accionaria en los principales bancos.

A partir de lo anterior, es posible establecer que los objetivos perseguidos por este mecanismo pueden ser resumidas básicamente en dos puntos: a) Privatizar diversas instituciones financieras y previsionales intervenidas y empresas públicas y b) Difundir la propiedad patrimonial de importantes empresas del país entre todos los sectores de la población.¹³⁴

En cuanto a esta medida, es posible indicar que el gobierno de la época estaba decidido a continuar con el modelo de una economía social de mercado, con una participación preponderante del sector privado y con el objeto de normalizar en forma definitiva la situación de los bancos y otras entidades financieras, en enero de 1985 se dictaron las leyes N° 18.401 y N° 18.398, destinadas a dar cuerpo legal al capitalismo popular. Inicialmente, reconocido como un mecanismo de normalización, el capitalismo popular fuera dirigido a solucionar la situación de las entidades intervenidas mediante su capitalización, reprivatizar el capital de dichas instituciones y difundir la propiedad accionaria a través de su atomización¹³⁵.

Al pasar de los años fue posible advertir que los objetivos perseguidos por el capitalismo popular fueron efectivamente alcanzados, logrando la capitalización de los bancos y acelerar su capitalización, mediante créditos otorgados por Corfo, permitiendo que personas naturales y trabajadores pudieran llegar a participar en la propiedad accionaria, lo cual se refleja en que los bancos sujetos a administración provisional recibieron aportes del orden de \$107.000 millones a fines de 1987 e ingresaron 41.644 capitalistas populares¹³⁶.

F) Reprogramación de deudores:

¹³³ VERA Romero, Francisco. Ob. cit n. 94.

¹³⁴ VALENZUELA Silva, MARIO. Reprivatización y Capitalismo popular en Chile, en www.cepchile.cl [citado: 25 01 2017].

¹³⁵ VALENZUELA Silva, Mario. Ob. cit en n.34 , p. 177

¹³⁶ Ibidem

Se trata de programas destinados a la regularización de deudas de los segmentos de mediana y pequeña empresa junto al sector hipotecario.

Los efectos de la crisis hicieron sentir la necesidad de modificar el régimen legal y ello permitió un ánimo propicio para la reforma de la Ley General de Bancos, mediante la dictación de la Ley N° 18.576 de 1986, la cual tuvo como objetivos principales la mantención de un sistema financiero sano y sólido que inspire confianza y contribuya al normal desarrollo de la actividad económica y la protección de los depositantes, que son los principales proveedores de fondos¹³⁷.

¹³⁷ PLOTT, Gustavo. *Manual de Operaciones y Servicios Bancarios*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 201.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LOS DELITOS BANCARIOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

4.1. Aspectos Generales:

Nuestra legislación regula el tratamiento de los delitos bancarios, a través de la Ley General de Bancos y de acuerdo a la línea de la investigación de este trabajo, nos ocuparemos de aquellos abordados en el capítulo XVII de dicho texto legal, el cual califica como ilícitos a una serie de conductas dirigidas tanto a obstruir la labor fiscalizadora que ejerce la Comisión para el Mercado Financiero, a la entrega de información falsa como a la obtención de créditos en forma fraudulenta; todo lo cual, da cuenta de claras lesiones o ataques a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Económico, especialmente en lo que dice relación con el correcto funcionamiento del mercado financiero.

Las figuras delictivas a que se hace referencia tienen su origen en el DFL N° 2 de 1960 y en el DL N° 1097 de 1975 que fija la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y que han sido recogidos en el texto actual de la Ley General de Bancos con ajustes mínimos y sin perjuicio de las modificaciones incluidas por la Ley N° 21.130 que no cambia sustancialmente la plantilla de conductas sancionadas por dicho cuerpo legal¹³⁸. Así es posible observar que las sanciones establecidas para las conductas registradas en los artículos 157 a 160 de dicha ley, constituyen una respuesta por parte del legislador, a la crisis que afectó al sistema bancario chileno del año 1983 y que dejó de manifiesto la precariedad de la regulación legal de nuestro sistema jurídico para prevenir o sancionar de manera eficaz las distintas conductas que permitieron el desenlace de la crisis señalada.

Una de las lecciones que dejó la crisis de la época, da cuenta de la incapacidad de las figuras penales clásicas para hacer frente a la delincuencia económica y a partir de ello, se volvió necesaria la creación de nuevas figuras típicas en virtud de las cuales se pueda sancionar las diversas formas de lesión a los bienes jurídicos protegidos, figuras delictivas especiales adecuadas a las posibles formas del mal manejo de los fondos por parte de los institutos financieros.¹³⁹

En forma previa al análisis de los delitos de carácter bancario, es preciso detenerse en las relaciones que surgen al interior del negocio bancario y así comprender como se estructura dicha actividad. El funcionamiento del giro bancario comprende la existencia de fondos que son entregados al banco en virtud de un título translaticio de dominio por parte del público, permitiéndole que pueda hacer uso de tales fondos, conforme a lo dispuesto en los contratos de cuenta corriente o de algún otro tipo de depósito. En virtud de la entrega de fondos en los términos

¹³⁸ Ley N° 21.130 Moderniza la legislación bancaria.

¹³⁹ ASTORGA Armijo, Mónica. *Los delitos bancarios* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho). Santiago, 1984, p. 24.

indicados, se verifica un cambio en el derecho real de dominio del dinero, pasando materialmente desde el cliente al banco, manteniendo el cliente un derecho personal sobre los fondos y el banco, la obligación de restituirlos posteriormente.

Un punto importante a considerar es que en el evento que el banco no devuelva los fondos, ello no daría lugar al delito de apropiación indebida según lo establece el artículo N° 470 N°1 del Código Penal y lo que si se registraría sería un incumplimiento del contrato de cuenta corriente o del producto de captación que haya sido acordado por las partes, debido que al existir un título translaticio de dominio – en virtud del contrato de cuenta corriente o depósito – el mismo banco queda facultado para hacer uso de los fondos recibidos con la obligación de restituirlos a su titular bajo las condiciones previamente pactadas.

Un efecto distinto tendría lugar en el caso de los servicios de administración de cajas de seguridad o los servicios de bróker o intermediación, en virtud de los cuales el banco recibe un mandato determinado, el cual no reviste la calidad de título translaticio de dominio, esto es, no se verifica un traspaso del dominio de los fondos recibidos por parte de su titular al banco y por ello, el encargo debe ser cumplido por el banco, en los términos que le fue otorgado. En este caso, el incumplimiento del encargo podría dar lugar al delito de apropiación indebida, ya que no existe un título le permite al banco hacer uso de los bienes recibidos en el marco del contrato de servicios de intermediación.

Es relevante hacer esta precisión antes de abordar el análisis de las figuras delictivas, ya que de esta forma será posible definir el contexto en el cual se desarrollan los negocios bancarios e identificar una serie de relaciones jurídicas que surgen con motivo de esta actividad, las cuales se basan en un alto nivel de confianza de los clientes, y para responder a ello, el banco requiere contar con altos niveles de seguridad en la gestión y así asegurar el reembolso de los fondos que recibe en depósito.

Las relaciones que surgen al amparo del negocio bancario dan cuenta de la necesidad de contar con un esquema de control efectivo de las operaciones y funciones que realizan los bancos.

Atendida la trascendencia del negocio bancario, surgió el interés por dotar de institucionalidad al control de las entidades bancarias y con ello, asegurar su correcto funcionamiento, lo cual se remonta a los inicios de la regulación bancaria en nuestro país, mediante la dictación del DL N° 559 de 1925, el cual da cuenta del trabajo llevado a cabo por la comisión Kemmerer. Entre las conclusiones alcanzadas por la comisión en la materia, se indica que es justo y razonable al anhelo de vigilancia sobre los bancos. Si éstos hubieran de conceder préstamos tan sólo con sus propios capitales, nadie podría negarles el derecho a perderlo todo en sus operaciones imprudentes. Pero si los bancos invirtieran sólo sus capitales propios, los gastos en que incurrirían para mantener sus oficinas vendrían, en muchos casos, a consumir todas sus ganancias. La verdad de las cosas es que los bancos logran dividendos para sus propios capitales, gracias en

parte a la inversión que dan al dinero de sus depositantes y a los créditos provenientes de estos depósitos. El público, en consecuencia, que suministra buena parte de los medios con que se obtienen las ganancias, tiene derecho a cerciorarse de que sus intereses están protegidos¹⁴⁰.

A lo anterior, se debe agregar que la quiebra de un banco tiene un alto impacto en la economía de un país y es capaz de remecer toda su estructura por la calidad de interés público presente en ella, al estar comprometido el interés de los depositantes que inyectan recursos a los bancos y, por otra parte, los inversionistas que necesitan recursos para financiar sus proyectos y cuya fuente principal se gestionan mediante el financiamiento bancario.

En el trabajo de la comisión Kemmerer se destaca el interés público comprometido en la actividad bancaria como fundamento de su control, y representa dicho interés en la necesaria protección de depositantes e inversionistas, y en los efectos de la quiebra de un banco sobre la economía toda.¹⁴¹ Al respecto, es preciso comentar que las observaciones planteadas por la comisión surgen en un periodo de pleno liberalismo económico, en que a simple vista no se ven las razones para apoyar el control del funcionamiento de los bancos atendido el espíritu reinante al interior de la actividad económica a nivel mundial. Finalmente, es el tiempo el que terminó por demostrar lo necesario que resultaba contar con un adecuado control en el proceso de formación y posterior funcionamiento de las entidades bancarias en nuestro país.

4.2. Estructura típica de los delitos bancarios en la Ley General de Bancos.

Para los efectos de la presente investigación, se definen como delitos bancarios las infracciones jurídico penales cometidos por funcionarios bancarios en el desarrollo de su actividad profesional, en relación con la función fiscalizadora que ejerce la Superintendencia respectiva, o bien, en su relación con el público en general.¹⁴²

Al tenor de la definición transcrita, es preciso señalar que este trabajo no abordará todas las infracciones de carácter penal que consagra la Ley General de Bancos y sólo se circunscribirá a las conductas contempladas en su Título XVII y que dicen relación con la obstrucción a la labor fiscalizadora de la Superintendencia de Bancos, la entrega de información falsa y obtención fraudulenta de créditos. Se trata de conductas que en parte vinculan a la Alta Dirección o sus personeros, pero también a potenciales clientes, lo cual deja de manifiesto que los riesgos que amenazan en forma transversal a la actividad bancaria.

4.2.1. Análisis del artículo 157 de la Ley General de Bancos.

La disposición señalada establece que los directores y gerentes de una institución fiscalizada por la Superintendencia que, a sabiendas, hubieren hecho una declaración falsa sobre la

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem,

¹⁴² POZO Silva, Nelson. *Derecho Penal Económico*. Santiago, Librotecna, 1° Edición, 2014, p.51.

propiedad y conformación del capital de la empresa, o aprobado o presentado un balance adulterado o falso, o disimulado su situación, especialmente las sumas anticipadas a directores o empleados serán castigadas con reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de mil a diez mil unidades tributarias.

En caso de quiebra de la institución, las personas que hubieren ejecutado tales actos serán considerados como responsables de quiebra fraudulenta.

Inicialmente diremos que esta disposición tiene su origen en el artículo 26 del DFL N° 252 de 1960 que fija el texto refundido y actualizado de la Ley General de Bancos. Posteriormente se mantuvo en el texto del DL N° 2099 de 1978, el cual modificó el DFL N° 252 ya citado Sin perjuicio de las posteriores modificaciones llevadas a cabo mediante el DL N° 1638 de 1976, en la Ley N° 18.223 y finalmente mediante la Ley N° 18.818 de 1989, disposición a partir de la cual el artículo se ha mantenido sin mayores variaciones. Finalmente, mediante el DFL N° 3 de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, el original artículo 26 del DFL N° 252 de 1960, se mantiene bajo la actual figura del artículo 157 del texto vigente de la Ley General de Bancos.

Con el propósito de facilitar el estudio de esta disposición, el análisis que se llevará a cabo abordará los siguientes aspectos: Revisión del bien jurídico protegido por la norma, sujeto activo, sujeto pasivo, conducta ilícita y pena propuesta.

A) Bien jurídico protegido:

En este caso corresponde a la transparencia de la actividad bancaria, desde el instante en que se sanciona a quienes alteren la información relativa a la propiedad o conformación del capital o la situación financiera de las instituciones fiscalizadas.¹⁴³

El bien jurídico señalado no es el único posible de ser identificado, ya que también podría resultar afectada la estabilidad del mercado, debido a que la obligación de informar que la ley impone a las instituciones financieras tiene por finalidad velar por la transparencia de la actividad bancaria, ya que el propósito buscado es que el Banco o institución financiera sujeta a fiscalización, no aparente una solvencia de la cual carece.

En este punto se debe tener a la vista que el artículo 15 de la Ley General de Bancos, dispone que el Superintendente fijará las normas de carácter general para la presentación de balances y otros estados financieros de las instituciones fiscalizadas y la forma en que deberán llevar su contabilidad, debiendo velar por que la aplicación de tales normas permita reflejar la real situación de la empresa. A su vez, el inciso 2° del artículo 16 del mismo texto legal, establece que los bancos e instituciones financieras deberán publicar sus estados de situación referidos al 31 de marzo, 30 de junio y 30 de septiembre de cada año, o en cualquiera otra fecha que lo exija, en

¹⁴³ POZO Silva, Nelson. Ob.cit n.125, pp. 95 - 96

casos especiales, la Superintendencia, en uso de sus facultades generales, en un periódico de circulación nacional. La publicación se efectuará a más tardar el último día del mes siguiente a la fecha a que se refiere el estado.

De las disposiciones transcritas surge con claridad que una declaración falsa en tales materias implica un atentado al principio de transparencia del mercado, es decir, una vulneración al recto, claro y transparente comportamiento que debe regir a los diversos agentes del mercado en sus relaciones económicas, más aún, es un claro y grave atentado al principio de la buena fe, existente en el tipo de relaciones en el campo económico-comercial.¹⁴⁴

B) Sujetos activos del artículo 157 LGB.

En este artículo es posible identificar como sujetos activos de la conducta antijurídica a los “Directores y Gerentes” de una institución fiscalizada por la, con lo cual es posible sostener que el ilícito no es susceptible de ser cometido exclusivamente por los Directores y Gerentes de los bancos, los cuales corresponden a entidades que tienen la calidad de instituciones sujetas a la fiscalización de la CMF por excelencia sino que también se extiende a todas las otras entidades que han sido incorporadas al perímetro fiscalizador de dicha Superintendencia, como ocurre en el caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito cuyo capital social sea superior a 400.000 unidades de fomento, los emisores y operadores de Tarjetas de Crédito, las Sociedades de Garantía Recíproca, todo ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley General de Bancos.

En cuanto a la calidad de director y Gerente para los efectos de esta disposición, se debe estar a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas, en el sentido que el Directorio es el ente de carácter colectivo al cual le corresponde la administración de la sociedad, pudiendo ejercer esa labor directamente o delegar su ejercicio a través de sus ejecutivos.

A raíz de lo señalado, es posible advertir que las personas que tienen la calidad de sujeto activo en este tipo de delitos, se encuentran en una situación de poder dentro de la entidad financiera, con claras facultades en cuanto a la toma de decisiones y producto de ello, pueden acceder a la totalidad de la información de la sociedad y conforme a eso, determinar su uso en forma discrecional, lo cual nos permite volver a lo ya señalado en el capítulo 1° de este trabajo, respecto del perfil del delincuente económico o de cuello blanco y su vinculación con personas en posiciones de poder

C) Sujetos pasivos del artículo 157 de la Ley General de Bancos.

Al respecto se debe señalar que la condición de víctima en este tipo de ilícitos no está circunscrita a un tipo de personas sino que incluye una amplia gama de instituciones, abarcando tanto al público en general, considerando a los depositantes, inversionistas y todo aquel usuario

¹⁴⁴ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, P. 97.

del sistema financiero; lo que lleva a concluir que serán los sujetos pasivos todos aquellos que se vean afectados, perjudicados o lesionados en su patrimonio o intereses por las maniobras dolosas de los Directores y Gerentes de la entidad bancaria o financiera.¹⁴⁵

La observación anterior surge debido a que, al tratarse de delitos económicos, la vulneración de bienes, principios y valores económicos, que al ser objeto de conductas antijurídicas producen daño o perjuicios en el patrimonio, no sólo de un sujeto económico de significativa relevancia para el mercado económico, sino que, además lesionan el patrimonio de la comunidad en su conjunto.¹⁴⁶

D) Conductas sancionadas.

Al revisar este artículo, es posible identificar la existencia de tres hipótesis de conducta prohibida, las cuales no tienen el carácter de copulativas, por tanto, la conducta se verifica sólo con la materialización de uno de ellos, según lo que se detalla a continuación.

- Hacer una declaración falsa acerca de la propiedad y conformación del capital de la entidad bancaria o financiera.

El capital de un banco sólo podrá consistir en dinero y debido a su naturaleza de sociedad anónima especial, dicho capital se divide en acciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 N° 1 de la Ley General de Bancos y artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Asimismo, es de interés del supervisor bancario contar con información fehaciente respecto de la estructura de propiedad de los bancos, tal como se indica en el artículo 16 bis de la Ley General de Bancos, sobre información periódica de las personas naturales y jurídicas que, personalmente o en su conjunto y en forma directa, sean controladoras de un banco conforme al artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores y además posean más del 10% de sus acciones.

En cuanto al tenor de la declaración presentada por los directores y Gerentes, se requiere que tenga la calidad de “falsa” y para que cumpla con esta condición, debe tratarse de una conducta que intencionalmente ha sido rendida en términos de faltar a la verdad, lo cual descarta el escenario de entrega de información incompleta o errónea.

En cuanto a la oportunidad en que debe verificarse la entrega de información falsa, la disposición en estudio no señala el momento exacto en que se verifica el hecho punible, lo cual permite entender que dicha situación se llevaría a cabo, una vez que la información es conocida por el público en general, teniendo a la vista que uno de los bienes jurídicos protegidos por la Ley General de Bancos es la transparencia del mercado.

¹⁴⁵ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, pp. 98 - 99.

¹⁴⁶ Ibidem

- Aprobar o presentar un balance adulterado o falso.

El texto de la norma permite distinguir dos escenarios para la comisión de la infracción penal referida a la aprobación de un balance falso. El primero dice relación con la aprobación de un balance adulterado o falso, lo cual tendría lugar al momento en que el Directorio o la Junta de Accionistas en el ejercicio de sus facultades, aprueban el balance y resultando necesario que el encargado de aprobar el balance tenga conocimiento que está adulterado o es falso y aun así lo apruebe. De esa forma, la aprobación de balance es dolosa y con ello, se verifica el ilícito.

Otro escenario que se puede presentar dice relación con la presentación de un balance adulterado o falso, lo cual tendría lugar en caso de que el Gerente presente tales antecedentes sobre la base que conoce la condición de falsedad o adulteración del balance y en tal caso, la conducta sancionada se verifica en forma previa a la presentación del balance. En cuanto a la oportunidad de presentación del balance, se estima que el ilícito se entendería verificado cuando los antecedentes se ponen en conocimiento de la Superintendencia de Bancos, en abierta infracción con lo dispuesto en el artículo 16 inciso 2° de la Ley General de Bancos.

- Disimular la situación de la entidad bancaria o financiera, especialmente las sumas anticipadas a directores o Empleados.

La acción de disimular implica ocultar algo para que parezca distinto de lo que es y en esa línea, se señala que tal disimulación debe indefectiblemente exteriorizarse como la que resulta necesaria que se manifieste mediante la creación de apariencias externas, como ocurre en el delito de estafa por engaño, ya que de otra manera las posibles formas de disimulación serían tan variadas, que el verbo rector no cumpliría la obligación de describir correctamente la conducta incriminada.¹⁴⁷

En este caso, es necesario considerar que la hipótesis en estudio considera que el sujeto activo tenga la obligación de desempeñar fielmente su cargo pero no debe confundirse con una obligación legal de decir la verdad y precisar que en materia penal, no existiría una obligación genérica de decir la verdad y, por una parte, porque consentir la contingencia de castigar como como fraude cualquier mentira que otro haya oído, significaría ampliar excesivamente el fraude penal en deterioro del fraude civil.¹⁴⁸

Por lo cual, el foco de la conducta prohibida está en la falta del debido cumplimiento del deber encomendado.

E) Pena asociada al delito.

¹⁴⁷ POZO Silva, Nelson. Ob.cit n.125, p. 108

¹⁴⁸ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. *El delito de estafa en la Jurisprudencia Chilena*, en Revista Chilena de Derecho, volumen XXIV, julio 2011, pp. 59 -85.

Estas infracciones serán castigadas con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 1000 a 10.000 unidades tributarias. En relación con el monto de la multa establecida, es posible observar que es claramente inferior al monto del daño que este tipo de conductas puede llegar a causar y del beneficio que la comisión del ilícito permitiría llegar a percibir.

En el último inciso del artículo hay una mención especial al evento de la quiebra de la institución, estableciendo que, en caso de llegar a verificarse dicho evento, los autores de las conductas sancionadas serán responsables de quiebra fraudulenta, estimando que tanto la Superintendencia de Bancos como la misma institución financiera, no pudieron conocer oportunamente la situación para tomar las medidas que permitieran evitar la quiebra.

Otro punto importante es destacar lo sostenido por el profesor Alfredo Etcheberry, quien sostiene que la situación descrita en esta figura no corresponde a ninguna de las figuras de quiebra fraudulenta que señala la Ley N° 18.175, por lo que debe concluirse que el legislador ha tipificado este artículo 157 D.F.L. N°3 de 1997 un caso más de este último delito, por lo que, llegado el evento de la consumación del delito, no se podrá sancionar por el delito especial de este artículo y por el delito de quiebra fraudulenta a la vez, sino que ambas infracciones entraban en un concurso aparente de leyes, que se resolvía mediante la regla de subsidiariedad expresa, contenida en el artículo 229 inciso segundo de la Ley N° 18.175.¹⁴⁹ -¹⁵⁰

Este punto no pacífico en la doctrina y existen posturas como las del profesor Luis Morand Valdivieso, quien sostiene que si bien, la disposición agrega una agravante para el caso de quiebra, la que resulta inaplicable, ya que los bancos en actividad no quiebran¹⁵¹. Dicha afirmación su fundamento en que la Ley General de Bancos, contiene un título específico y dedicado a las medidas para regularizar la situación de los bancos y su liquidación forzosa, lo cual en opinión del profesor Morand al incluir diversas medidas para contrarrestar el deterioro de un eventual deterioro de la situación financiera de un banco, impediría un episodio de quiebra por parte de las entidades bancarias.

A lo anterior, se debe agregar que parte de la doctrina sostiene que los cambios que ha sufrido la Ley de Quiebras mediante la modificación del año 2014, no afecta la sanción contenida en el último inciso del artículo 157, debido a que la legislación vigente en la materia de quiebra elimina la diferencia entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta e insolvencias dolosas, restringiendo el castigo sólo al comportamiento doloso, de tal forma que la imprudencia como concepto dogmático en materia de quiebra se excluye definitivamente,¹⁵² sin que la modificación afecte a la

¹⁴⁹ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 118

¹⁵⁰ La disposición a que se hace referencia indica que la quiebra fraudulenta será sancionada con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que el fallido hubiere cometido tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta.

¹⁵¹ MORAND Valdivieso, Luis. Legislación Bancaria, Editorial Jurídica, Santiago, p. 93.

¹⁵² POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 119.

disposición que se estructura de una conducta fraudulenta y que en su calidad de tal, excluye el dolo.

4.2.2. Análisis del artículo 158 de la Ley General de Bancos.

Este artículo señala que los accionistas fundadores, directores, gerentes, funcionarios, empleados o auditores externos de una institución sometida a la fiscalización de la Superintendencia que alteren o desfiguren datos o antecedentes en los balances, libros, estados, cuentas, correspondencia u otro documento cualquiera o que oculten o destruyan estos elementos, con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponde ejercitar a la Superintendencia de acuerdo con la ley, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

La misma pena se les aplicará si, con el mismo fin, proporcionan, suscriben o presentan esos elementos de juicio alterados o desfigurados. Esta disposición no excluye la aplicación de las reglas previstas en los artículos 14 a 17 del Código Penal.

Este artículo fue incorporado en la Ley General de Bancos a partir del DFL N° 252 de 1960. Con la modificación que introduce la Ley N° 18.818 de 1989, se precisa que las conductas delictivas deben ser cometidas por entidades sometidas a la fiscalización de la Superintendencia y posteriormente con la dictación del DL N° 2009 de 2008, se mantiene bajo el artículo 26 bis de la época y luego se replica bajo la redacción del actual artículo en estudio.

Este artículo sigue la misma línea del artículo 157 de la Ley General de Bancos, al sancionar conductas que no atentan contra personas determinadas sino contra el patrimonio de los bancos, al tratarse de acciones que vulneran la seguridad del comercio y de la economía, por medio del engaño al mercado y que finalmente lesiona la transparencia de la actividad bancaria y el principio de buena fe que la rige.

A) Sujetos activos:

En relación con los sujetos activos que establece esta figura, es posible advertir que se caracterizan por su extensión, en tanto incluye a los personeros de la alta dirección (directores y gerentes) y también funcionarios, empleados o auditores externos. De esta forma termina incluyendo a todos aquellos que cumplen funciones de fiscalización interna y aquellos que se desempeñen como empleados de la institución bancaria o financiera, aunque no tengan cargos directivos, sin perjuicio de la responsabilidad de otros partícipes.¹⁵³, autorizando la aplicación de las reglas de participación en materia penal, establecidas en los artículos 14 a 17 del Código Penal y lo cual permite ampliar el espectro de los eventuales partícipes del ilícito y con lo cual

¹⁵³ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 127.

queda de manifiesto que la enumeración que contempla el artículo en revisión es meramente ejemplar.

B) Sujeto pasivo:

La disposición permite advertir que el sujeto pasivo, en este caso, corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, debido a que la conducta sancionada tiene por objeto dificultar, eludir o desviar la labor de fiscalización de dicho Organismo. Al respecto se debe mencionar que el sistema de fiscalización imperante en nuestro país tiene por objeto proteger salvaguardar el sistema bancario nacional, velando por su buen funcionamiento y la debida transparencia de mercado, con lo cual se entiende la gravedad que reviste toda acción encomendada a perturbar el ejercicio de las facultades del organismo fiscalizador.

C) Conductas que contempla el artículo:

- Que alteren o desfiguren datos, antecedentes en los balances, libros, estados, cuentas correspondencia u otro documento cualquiera.

Lo señalado implica que se trata de una conducta que busca cambiar o alterar la esencia o forma de las cosas, ya sea eliminando o agregando partidas con el propósito de cambiar sustancialmente la situación financiera de una empresa, en forma física como intelectual.

Asimismo, entendemos que cuando el articulado incluye la opción de desfigurar documentos u otros antecedentes, ello corresponde a aquellas maniobras destinadas a cambiar físicamente o realizar una modificación material de los documentos. Sin perjuicio de la modalidad empleada, debe resultar claro que el propósito de la acción debe buscar eludir la acción fiscalizadora de la Superintendencia de Bancos.

- Que oculten o destruyan estos elementos:

En este caso, la conducta sancionada es el ocultamiento de documentos, entendiendo que también cumplen con dicho estándar las acciones que impliquen esconder, encubrir o disimular antecedentes o documentos de la esfera de conocimiento de la Superintendencia.

En cuanto a la documentación susceptible de ser ocultada o destruida y que configuran el tipo penal establecido en el presente artículo, corresponde a los balances, libros, estados de cuenta, correspondencia que den cuenta de la actividad bancaria o financiera conforme a la entidad en que se lleve a cabo la conducta sancionada, la cual debe tener la calidad de institución sujeta a la fiscalización del Supervisor Bancario y realizada con el propósito de impedir el ejercicio de su acción fiscalizadora.

- Proporcionar, suscribir o presentar esos elementos de juicio alterados o desfigurados con el mismo fin.

Esta conducta es muy similar a las anteriores y por esa razón, es posible advertir que el propósito del legislador fue cubrir el mayor número de posibilidades que permitan impedir el acceso a la información que queda sujeta a la fiscalización de esta Superintendencia.

C) Pena asociada al delito:

La misma disposición establece que este tipo de conductas serán sancionadas con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

En relación con la pena asignada, es posible observar que sólo implica una pena corporal de privación de libertad sin considerar una multa asociada, lo que podría dar a entender que al no existir un daño material producto de la conducta desplegada y sólo el propósito de sustraerse de la fiscalización propia de la Superintendencia de Bancos, el legislador habría estimado que resulta suficiente aplicar una pena privativa de libertad.

4.2.3 Análisis del artículo 159 de la Ley General de Bancos.

En esta disposición se establece que si una institución financiera omitiere contabilizar cualquier clase de operación que afecte el patrimonio o responsabilidad de la empresa, su gerente general o quien haga sus veces será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Este artículo tuvo su origen en el DL N° 1638 de 1976, el cual responde al espíritu neoliberal y neoconservador que inspiró al Gobierno Militar una vez que asumen el poder en nuestro país, entendiendo que nuestro incipiente Mercado Financiero Nacional requería y trajo como positiva consecuencia el hecho de adoptar modernos principios y valores económicos que en el Mundo Económico se estaban desarrollando, rumbo a lo que hoy conocemos como “globalización”.¹⁵⁴ Nuevamente queda de manifiesto el interés de la autoridad por fortalecer el ejercicio de la actividad económica sobre la base de la transparencia y responsabilidad de mercado.

A) Bien Jurídico protegido.

El análisis del bien jurídico protegido por esta disposición se encuentra en directa relación con la obligación establecida en el artículo 15 de la Ley General de Bancos, la cual establece que el Superintendente fijará normas de carácter general para la presentación de balances y otros estados financieros de las instituciones fiscalizadas y la forma en que deberán llevar su contabilidad, debiendo velar porque la aplicación de tales normas permita reflejar la real situación de la empresa.

En la disposición transcrita se indica que el propósito de tales normas es que la contabilidad de las entidades fiscalizadas dé cuenta de la real situación de la empresa, por tanto, surge en

¹⁵⁴ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 139.

forma clara que el principio protegido es la transparencia en la información que dichas entidades entregan respecto de las operaciones propias de su giro y el impacto que ello tiene dentro del mercado financiero.

A partir de lo anterior, es posible advertir que existen otros bienes sujetos a la protección por parte del legislador y uno de ellos tiene relación con la estabilidad del sistema financiero, la cual se construye a partir de la información que entreguen sus actores, la cual debe ser fidedigna, para que permita tanto a los inversionistas y depositantes, tomar decisiones de manera informada. La entrega de información también tiene impacto respecto del supervisor, constituyendo un insumo que le permitirá impartir instrucciones o adoptar medidas en forma oportuna, evitando que se desencadenen situaciones que terminen lesionando seriamente al sistema financiero.

Así es posible sostener que la transparencia y la estabilidad del sistema financiero operan sobre la base del principio de la buena fe que debe regir las relaciones comerciales. Al respecto, se debe ahondar en la idea de la trascendencia de la buena fe en materia comercial, al tratarse de un principio general que rige el ordenamiento jurídico y consiste en la recta conducta de las partes involucradas en un determinado asunto.

La aplicación de dicho principio en la actividad bancaria o financiera ha sido entendida como la correcta y debida relación económica que debe darse entre la entidad bancaria o financiera, en cuanto proveer de manera clara y fidedigna de toda la información que los demás sujetos económicos requieran encontrándose dicha información contabilizada por la entidad bancaria o financiera.¹⁵⁵

En base a lo que se sustenta por medio del principio de la buena fe en materia comercial, se está reforzando en consecuencia la importancia del principio de transparencia y estabilidad en materia financiera y bancaria, debido a que los distintos agentes económicos que actúan en el mismo requieren de información fidedigna y oportuna, con lo cual se permite el correcto desarrollo de la misma actividad.

B) Sujetos activos:

La disposición establece que el responsable de la conducta antijurídica no es la persona que realiza materialmente la acción, sino que reconoce como responsable al representante de la entidad bancaria y que conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, corresponde al Gerente General.

La razón por la cual la ley hace responsable al Gerente General, quien no es necesariamente el que cometió materialmente la infracción – omisión de contabilizar diversas operaciones bancarias – y se ha establecido su responsabilidad, atendiendo a la importancia que para él tiene

¹⁵⁵ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 140

que se contabilicen las diversas operaciones bancarias o financieras, las que de no realizarse pueden afectar el patrimonio o la responsabilidad de la empresa¹⁵⁶.

Lo señalado tiene su fundamento en el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, que impone a dicho funcionario la responsabilidad que los libros y registros sociales sean llevados con la regularidad exigida por la ley y sus normas complementarias¹⁵⁷.

Al respecto cabe agregar que en este caso se observa es un ejemplo de responsabilidad objetiva, debido a que el Gerente General es el responsable de las actuaciones de sus empleados debiendo fiscalizar su desempeño e impartir los debidos mecanismos de control al interior de la empresa, sin que exista una sanción específica respecto del empleado que llevó a cabo directamente la acción.

Se habla de responsabilidad objetiva, debido a que el empresario genera una situación de riesgo, a partir de la actividad que realiza por medio de sus empleados, razón por la cual, debe responder por los actos ilícitos que éstos realicen en con motivo del ejercicio de sus funciones. Se establece la responsabilidad del Gerente General o su representante, debido a que a ellos les corresponde el deber de fiscalización al interior de la sociedad.

En este punto, resulta oportuno señalar que los avances que ha experimentado la tecnología, ésta ha permitido la implementación de diversas herramientas para el control de gestión al interior de las empresas. En la actualidad y gracias a la modificación de estas herramientas, la incorporación de la tecnología a la gestión no implica un nivel de inversión o de complejidad que, revista una limitación concreta para las empresas, constituyendo una alternativa para mejorar los niveles de desempeño y consecuentemente de cumplimiento normativo.

En la misma línea, es posible insistir que el registro de la información financiera y en especial contable reviste sumo interés para todas las empresas, debido a la obligación legal que existe tras ella, principalmente desde la perspectiva tributaria. En cuanto a los bancos y el resto de las entidades sujetas a la fiscalización de CMF, les asiste la obligación consignada en el artículo 15 de la Ley General de Bancos, la cual subyace a las facultades del Superintendente para impartir instrucciones contables y cuyo incumplimiento por parte de los fiscalizados, acarrea las sanciones previstas en el artículo 159 del mismo texto legal.

C) Sujeto pasivo:

En este caso la calidad de víctima, resulta aplicable tanto a la empresa bancaria y sus accionistas, los depositantes y llega a alcanzar a la Superintendencia, debido a que las omisiones que se observen en el registro de la información contable de las operaciones bancarias puede afectar al patrimonio del banco o instituciones financieras y a su vez, impactar en el patrimonio

¹⁵⁶ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 143.

¹⁵⁷ MORAND V., Luis. Ob. cit n.134, p.93

de todos aquellos que de alguna manera tienen recursos involucrados en el banco y que corresponden a la situación de los accionistas y los depositantes. De lo anterior, surge con claridad el efecto que genera respecto de los accionistas, quienes han comprometido directamente su patrimonio en la gestión del banco y cuyos resultados les afectan directamente, al igual como ocurre en cualquier sociedad frente a una mala gestión o deterioro de su patrimonio.

En el caso de los depositantes también se registra un impacto claro en caso de que los resultados del banco o entidades bancarias no sean positivos pero el asunto en este caso genera a raíz que la entidad bancaria o financiera omitió el registro de cualquier operación bancaria y con ello se está impidiendo al depositante y también a los accionistas, conocer en forma clara y oportuna, la real situación de la institución y adoptar en forma informada, algún tipo de decisión.

Lo que el legislador busca evitar dejar espacios para que las debilidades de gestión lleven a un deterioro de la situación patrimonial de los bancos y la regulación propuesta en este caso, es una clara respuesta a tal preocupación.

C) Conductas sancionadas en el artículo:

- Omitir la contabilización de cualquier clase de operación:

Cuando el legislador usa la expresión omitir, se refiere a dejar de hacer algo y por tanto, lo que se verifica es una inactividad, un olvido o descuido en hacer algo que tiene el carácter de obligatorio.

Esta inactividad no exige que sea realizada en forma dolosa para que constituya una conducta prohibida, sólo requiere la falta de acción.

La omisión a que se refiere la ley apunta al acto de contabilizar o debido registro en las cuentas o partidas de la sociedad, específicamente las operaciones bancarias o financieras – ya sea ingreso o retiro de fondos de un banco u otro acto referido a los intereses de los clientes o del público en general vinculadas a los créditos en general – y que pueden afectar el patrimonio o responsabilidad de la empresa, o esto es, que puedan llegar a tener como consecuencia un perjuicio para las entidades financieras.

En cuanto a la conducta que se describe en el artículo, es posible observar que la existencia de negligencia en el ejercicio de la actividad financiera desde una perspectiva de la gestión y la exigencia de culpa se observa que lleva a la falta de diligencia por parte de la administración, específicamente en la veracidad de los registros contables. En este caso, es posible observar que, al exigir la existencia de culpa como uno de los elementos para llevar a la configuración de la conducta sancionada, lo que el legislador está haciendo es precisar las condiciones bajo las cuales se considera que en la ejecución de una acción se ha omitido colocar la medida de

dirección final de que el hombre medio es capaz¹⁵⁸ y con ello, es posible advertir que se ha verificado una conducta injusta. Esta exigencia se encuentra ampliamente recogida por el ordenamiento jurídico vigente y da cuenta de ello, lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil, al exigir por regla general, la medida de cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.¹⁵⁹

La incorporación de una figura como la descrita, es un claro ejemplo del interés del legislador por dar un adecuado marco regulatorio al mundo económico, es decir, el legislador pretende establecer una determinada forma de financiamiento de las entidades bancarias o financieras, lo cual es recogido, debido a la exigencia legal de constituirse como sociedad anónima, todas las cuales deben llevar contabilidad de sus operaciones.¹⁶⁰

Sin duda, los antecedentes analizados dan cuenta que el legislador ha estimado que la contabilización de las operaciones bancarias resulta relevante para el correcto funcionamiento del orden público económico y, por tanto, debía velarse por ello y castigar su incumplimiento, especialmente dentro de las entidades financieras, atendido el impacto que revisten para la actividad económica.

D) Sanción asociada al delito.

Se trata de una conducta sancionada con una pena privativa de libertad, la cual corresponde a reclusión menor en su grado medio a máximo y la sanción se equipara a aquella definida para otros delitos del mismo título y que en opinión de algunos sectores de la doctrina, como es el caso del profesor Pozo, el legislador eleva en demasía la sanción, teniendo presente que el sujeto será afectado por la sanción no es el sujeto que realizó materialmente la acción de omitir en los libros contables las operaciones bancarias o financieras¹⁶¹ sino a un tercero por aplicación de la responsabilidad objetiva.

En virtud de lo anterior, propone la reducción o eliminación de la sanción, estimando que sería excesiva su aplicación para quien no realizó materialmente la acción o bien que al no ser el sujeto directamente responsable de la ejecución de la conducta sancionada, termine privado de libertad, sin que por ello se desconozca la trascendencia de los bienes jurídicos que son protegidos a través de esta disposición, como es el caso de la transparencia de la información, de la buena fe dentro del ejercicio de la actividad económica y la estabilidad del sistema financiero economía y sin duda, corresponde a un caso de responsabilidad objetiva por parte de la Alta Dirección junto con manifestar su sorpresa por la falta de sanción al banco en la materia.

¹⁵⁸ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 148

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, pp. 150 – 151.

¹⁶¹ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 149.

La propuesta de parte de la doctrina es que se especifique la figura del sujeto activo en la materialización de la infracción asociando una pena específica incluyendo al autor material del delito y que, a su vez, el Gerente General sea sancionado con multa o remoción del cargo, atendida la responsabilidad objetiva asociada al caso.

4.2.4. Análisis del artículo 160 de la LGB.

Este artículo fue incorporado al texto de la Ley General de Bancos en 1960 mediante el DFL N° 262 de 1960, lo cual deja de manifiesto que se trata de una regulación que ya data de antaño al interior de nuestro orden jurídico. Al respecto es preciso destacar que se trata de un cuerpo legal que establece un nuevo ordenamiento en materia de infracciones y delitos económicos que sustituye el DL N° 280 de 1974, cuyo contenido corresponde a normas destinadas a resguardar la actividad económica nacional, debiendo considerar el contexto histórico de la época en que se dictó la norma, en que se refleja el interés por resguardar la actividad económica nacional, iniciativa implementada por la autoridad a partir de septiembre de 1973.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, se entienden las razones por las cuales la redacción inicial del artículo hace referencia a los créditos de fomento o reconstrucción y su uso en un propósito distinto a aquel que sirvió de base para su otorgamiento. Posteriormente en el año 1978 y conforme evolucionaba la economía nacional, resultó necesario fomentar el principio de subsidiariedad, en el sentido de involucrar al ordenamiento jurídico en tal dirección y mediante el DL N° 2099 de 1978, estableció sanciones para los créditos que fueran obtenidos bajo la presentación de documentación falsa o maliciosamente incompleta acerca de la identidad, actividad, estado de situación o patrimonio del solicitante.

Teniendo a la vista lo señalado, es posible advertir que el legislador manifestó un claro interés por perfeccionar las normas relativas a la fiscalización de las operaciones realizadas por las instituciones financieras y la publicidad de sus informes de auditoría y de sus estados financieros, así como las disposiciones relativas a los límites de colocaciones de las entidades financieras.¹⁶²

El contenido de la disposición se mantuvo luego de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 18.223 de 1983, quedando bajo el artículo 45 bis del mismo cuerpo legal, cuyo tenor establece que el que obtuviere créditos de instituciones de crédito públicas o privadas, suministrando o proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos acerca de la identidad, actividades o estados de situación o patrimonio, ocasionando perjuicios a la institución, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio". Se trata de un texto cuyo tenor se mantiene hasta el día de hoy y sólo cambia lo referido a la pena, que hoy corresponde a presidio menor en sus grados medio a máximo.

¹⁶² POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 155.

En esta disposición se observa que la conducta sancionada no es cometida por la Alta Dirección de la entidad de crédito – como es el caso del Gerente o directores – y que correspondía a situaciones distintas a las estudiadas en los artículos anteriores, sino que se trata de una conducta cometida por aquel sujeto que busca obtener un crédito de manera fraudulenta y por tanto, se trata de un agente externo al banco o entidad financiera. Lo señalado, debe entenderse en el marco de la época en que se dictó la norma, lo cual tuvo lugar con posterioridad a la crisis bancaria de 1982 y deja de manifiesto la necesidad que el Estado cuente con mayores atribuciones en materias económicas e instaurar un ordenamiento jurídico que incentive el desarrollo y progreso en el área de la economía, recogiendo las lecciones que dejó la última crisis bancaria, evitando todo tipo de abusos que puedan terminar deteriorando la actividad bancaria.

Tal como ya se adelantó, en esta disposición se cambia el foco de la regulación penal y a diferencia de los delitos abordados hasta ahora y que se ocupan de los ilícitos realizados por altos ejecutivos de entidades financieras, en esta oportunidad, la sanción se dirige al potencial cliente que busca obtener créditos en forma fraudulenta, para lo cual falsea sus antecedentes personales, comerciales y/o financieros, con el propósito de engañar al banco y su posterior perjuicio, con el riesgo de terminar afectando la estabilidad del sistema financiero.

Para evitar un eventual perjuicio a las entidades de crédito, es preciso que los bancos aumenten los niveles de fiscalización de los procesos de revisión de antecedentes en los procesos de evaluación de créditos, para detectar oportunamente la documentación falsa e incrementar el nivel de los requisitos exigidos para su obtención, lo cual al mediano plazo podría llevar al encarecimiento de los créditos y la limitación del real acceso al mismo, en la medida que el proceso para su otorgamiento se vuelva vulnerable.

Por medio de este articulado, lo que se busca es velar por la debida protección del orden público económico, procurando que los diversos sujetos que intervienen en la actividad económica lo hagan en forma transparente, para el sano funcionamiento del mercado financiero.

A) Bien jurídico protegido:

En cuanto a este delito, es posible apreciar que da cuenta de ciertas particularidades que lo distinguen de los llamados fraudes propios regulados en el Código Penal (CP), pudiendo señalarse, en primer término, que se trata de un tipo de fraude especial regulado en una norma extrapenal, cuyo objeto de protección estaría constituido por más de un bien jurídico y no solamente por la propiedad o el patrimonio del banco,¹⁶³ atendido que se trata de actores relevantes en la actividad económica, a partir de lo cual deriva el interés por proteger su patrimonio.

¹⁶³ ZÁRATE Campos Manuel. *Algunos comentarios relativos al delito de obtención fraudulenta de créditos a partir de la jurisprudencia emanada del nuevo proceso penal*, en Revista del Ministerio Público, p. 227 – 237.

En este caso y tal como ocurrió en la revisión de los anteriores ilícitos que consagra el título XVII de la Ley General de Bancos, es posible advertir que se trata de un delito pluriofensivo, por tanto, corresponde a una figura que protege a más de un bien jurídico. De esa forma, hay una protección del patrimonio individual que está dado por la institución crediticia y además el buen funcionamiento del sistema económico financiero. Esta interpretación se ha hecho presente no sólo a nivel doctrinario, sino que también ha sido compartida por la jurisprudencia, al señalar que por su naturaleza especial, excluye a otros tipos delictivos y se corresponde con la necesidad de garantizar la seriedad al orden económico financiero, fortaleciendo la conducta de los deudores del sistema financiero.

B) Sujetos activos:

Al tenor de la disposición en estudio, es posible advertir que la calidad de sujeto activo, la tendrá cualquier persona que obtenga un crédito en forma fraudulenta en una institución de crédito. La redacción de la disposición permite que la conducta prohibida pueda ser realizada por una persona natural o jurídica y en el caso de las personas naturales, se extiende a los casos de actuaciones que se lleven a cabo en forma personal o mediante apoderados debidamente mandatados para la obtención de créditos.

A raíz de lo anterior, es posible concluir que el sujeto activo no requiere de una calidad especial para cometer el delito, tan sólo basta la intención de obtener créditos en forma fraudulenta, esto es mediante engaño y perjudicar a la entidad acreedora.

C) Sujetos pasivos:

En relación con el sujeto pasivo o víctima del ilícito, dicha condición puede afectar a cualquier entidad de crédito, debiendo tener presente que bajo nuestra legislación no establece requisitos para el otorgamiento de crédito salvo lo dispuesto en la Ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero y el establecimiento de la tasa máxima convencional para el cobro de intereses, sin necesidad de establecer mayores requisitos o una eventual inscripción ante un Organismo fiscalizador. En cuanto al artículo en estudio, es posible indicar que, al tratarse de una norma contenida en la Ley General de Bancos, sus disposiciones resultan aplicables a las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos, en conformidad a lo dispuesto en su artículo 2, lo cual incluye tanto a los bancos como a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, las que tienen la calidad de entidades crediticias por excelencia.

Asimismo, la disposición no establece algún tipo de diferenciación respecto de entidades públicas o privadas, permitiendo estimar que, en el caso de nuestro sistema financiero, el Banco del Estado de Chile, en su calidad de empresa del Estado, es susceptible de la condición de sujeto pasivo en los términos que establece el artículo 160 de la Ley General de Bancos.

D) Hipótesis contenidas en el artículo 160

El elemento central que comprende la conducta detallada en la disposición se refiere a la acción de suministrar o proporcionar datos falsos o maliciosamente incompletos.

La conducta que el legislador establece se refiere a entregar o proveer algo, que en este caso dice relación con la entrega de información falsa sobre la identidad, profesión, actividad o situación económica por parte de un prospecto de cliente. Esta entrega de antecedentes se hace con el propósito de vulnerar los sistemas para la evaluación del riesgo de los créditos que define cada banco, con el propósito de obtener un crédito sin contar con los requisitos exigidos, entendiendo con mayor claridad el contexto en que se genera la entrega de información falsa o maliciosamente incompleta.

Lo que hace es alegar ante el prestamista datos o hechos falsos que le llevan a una representación errónea sobre la solvencia del solicitante de un crédito, lo que conduce a una concesión del crédito que, de otro modo, caso de conocer la realidad, hubiere sido denegado por el alto riesgo de incumplimiento de las obligaciones por aquel contraídas.¹⁶⁴

Por las razones expuestas, se sanciona directamente al que obtiene créditos y que la obtención de éste además cause un perjuicio, por consiguiente, es requisito esencial que se produzca un perjuicio en la institución financiera¹⁶⁵. Si bien no se especifica en la norma el tipo de perjuicio que debe verificarse, es posible estimar que se trata de un daño de carácter patrimonial derivado de la falta de pago del crédito en forma oportuna, debido a que los controles vulnerados son aquellos que tienen por objetivo es evaluar la capacidad de pago del eventual deudor, por parte de las entidades crediticias.

Al igual como se ha comentado en los literales anteriores, el ilícito en análisis, requiere que la entrega de los datos falsos o maliciosamente falsos que se entregan, provoquen un perjuicio a la entidad de crédito. Lo que la disposición exige es un resultado material con motivo de la comisión de la acción y que, en este caso, corresponde al perjuicio causado a la institución financiera.

Asimismo, es necesario comentar que por parte del sujeto activo se verifica una conducta dolosa, debido a que tiene conocimiento previo de la falsedad o calidad incompleta de los antecedentes que se presentan para la obtención del crédito junto con la intención de perjudicar a la entidad financiera; razón por la cual, el sujeto activo ha sido capaz de generar las condiciones para llevar a cabo el ilícito y aceptar las consecuencias que se generan a partir de su materialización.

E) Sanción aplicable.

Este delito se sanciona con una pena de presidio menor en su grado medio a máximo, constituyendo una sanción grave, la cual puede ser entendida en el contexto en que surge la

¹⁶⁴ CHOCLAN Montalvo, José Antonio. Delito de Estafa. Barcelona, Editorial SA Bosch, 2° edición, 2009, p. 315.

¹⁶⁵ POZO Silva, Nelson. Ob. cit n.125, p. 164

norma y que corresponde al interés existente por parte de la autoridad por velar en el establecimiento de un sistema financiero transparente y estable.

4.2.5 Análisis del nuevo artículo 161 de la LGB.

Se trata de un delito incorporado por la Ley 21.130 de 2019, el que viene a reforzar las nuevas medidas que la autoridad administrativa puede tomar respecto de los bancos que presenten algún tipo de problemas en su situación financiera, mediante el plan de regularización temprana, el cual tiene como propósito normalizar la situación de los bancos, permitiendo que “un banco bajo un continuo monitoreo por parte del regulador, solucione sus problemas financieros y recupere su situación de normalidad, sin interrumpir su funcionamiento”.¹⁶⁶ A mayor abundamiento, se indica que “como un complemento de dicho plan de regularización, el proyecto otorga a la Comisión la potestad de imponer determinadas prohibiciones al banco respectivo, relacionadas con el otorgamiento de créditos, celebración de determinados actos y contratos, etc. De manera que el regulador puede lograr la recuperación del banco de manera eficiente y ágil”.¹⁶⁷

Conforme al texto vigente, el nuevo delito incorporado a la Ley General de Bancos bajo el artículo 161 establece que los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita de la Comisión, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos en virtud del artículo 116 de la presente ley, serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo.

A) Bien jurídico protegido:

En cuanto a este delito, es posible apreciar que existe una clara protección de la estabilidad del sistema financiero, en el sentido que según se indicó en el párrafo precedente, la autoridad administrativa goza de claras facultades para impartir medidas de carácter preventivo frente a un banco que advierte algunos signos de dificultades financieras, ya que lo que motiva al legislador es velar por un sistema financiero sano.

B) Sujetos activos:

Se trata de un delito que, atendida la naturaleza del mismo, se entiende cometido por la Alta Dirección de un banco y requiere de esa posición estratégica para llevarlo a cabo, excluyendo al resto del personal de la entidad de la posibilidad de delinquir bajo las hipótesis consideradas por el legislador.

C) Sujetos pasivos:

¹⁶⁶ Mensaje de S.E la presidenta de la República con el que moderniza la Legislación bancaria. Santiago 12 de junio de 2017 N^o 63-365.

¹⁶⁷ Ibidem

En relación con el sujeto pasivo, dicha condición puede involucrar a cualquier entidad bancaria que se encuentre bajo algunas de las hipótesis del plan de regularización que considera la Ley General de Bancos en forma directa e indirectamente, se puede considerar a la Comisión para el Mercado Financiero, en cuanto a que se trata de una vulneración de las instrucciones por ella impartidas, lo que implica un ataque a la autoridad del regulador sectorial.

D) Conducta sancionada en el artículo:

Se trata de una conducta que por una parte vulnera la estabilidad del sistema financiero, atendido que es la Alta Administración de un banco que se encuentra en una situación financiera dañada, la que vulnera las medidas impartidas por la Comisión como parte de la implementación del plan de regularización temprana para mejorar su situación financiera y por otra parte, el ataque a la autoridad de la misma Condición, mediante el desacato de las instrucciones impartidas.

CAPÍTULO 5: BREVE REVISIÓN DEL ESTADO DE LA LEGISLACIÓN CHILENA FRENTE A LA EXPERIENCIA EXTRANJERA DESDE UNA POLÍTICA CRIMINAL PREVENTIVA.

En los capítulos anteriores se indicó que la regulación financiera era importante para prevenir las crisis financieras, debido a que la mayoría de ellas se desarrollan en concordancia con determinados ciclos económicos, los cuales se presentan con cierta regularidad a lo largo del tiempo. Asimismo, las crisis financieras se caracterizan por ser transversales y eso quiere decir que afectan a diversos agentes económicos, entre ellos a los bancos, en cuyo caso, el costo financiero y social es elevado, debido a la participación que le cabe a las entidades bancarias en la economía y el impacto social que se deriva de ellas, atendido su carácter de principal fuente de financiamiento para la actividad económica de cualquier país.

En relación con las causales que dan lugar a las crisis financieras y en línea con el objetivo planteado en este trabajo, es posible identificar como gatillos de tales crisis, tanto la asimetría de información como las falencias en la regulación de la actividad económica a esa fecha, debiendo esta última, robustecerse para hacer frente oportunamente a las fallas de mercado.

En concordancia a lo señalado, surge con claridad que, con posterioridad a la crisis financiera de 2008, el desafío a nivel mundial es contar con sistemas financieros estables y que sean capaces de hacer frente a los distintos ciclos económicos sin que la autoridad tenga que conceder préstamos de emergencia o implementar planes de rescate para las entidades financieras.

En conformidad a lo anterior, una regulación óptima de los intermediarios financieros debe concentrarse, en primer lugar, en evitar las quiebras bancarias debido a las fuertes externalidades que se producen en términos de liquidez, de coste de bancarrotas y destrucción de los activos. Esto es lo que se llama la creación de una red de seguridad que rodea el sistema bancario y protege a sus clientes¹⁶⁸, esto se refleja en la existencia de seguros de depósitos y los préstamos de emergencia que otorga el Banco Central a las entidades bancarias, los cuales no operan en forma automática sino que deben evaluarse previamente para evitar que creen más distorsiones en el mercado, en la medida que la existencia de esta herramienta, incentive la concreción de conductas irresponsables por parte de los agentes económicos.

A su vez y en opinión de David Llewellyn, la existencia de regulación es necesaria por distintas razones: en primer lugar, por la existencia de externalidades que pueden provocar riesgos sistémicos con un costo social muy elevado, atendidas las razones ya señaladas. En segundo lugar, por la existencia de imperfecciones y fallas de mercado relacionadas con los problemas de información asimétrica, de costes de agencia y de problemas de principal agente y conflictos de interés entre otros. En tercer lugar, por la necesidad de controlar a las entidades financieras, ya

¹⁶⁸ DE LA DEHESA, Guillermo. La primera gran crisis financiera del siglo XXI. Alianza Editorial, 2009.p. 409.

que sus clientes y consumidores no pueden hacerlo adecuadamente y necesitan delegar en una institución especializada e independiente y que, al hacerlo, implique un coste menor¹⁶⁹, debido a las economías de escala que dichas entidades manejan.

Otro punto para considerar surge en relación con la intensa competencia que caracteriza a la actividad bancaria, lo cual impulsa a los bancos a asumir más riesgos que aquellos que resultan prudentes para competir, llevando a la configuración de escenarios no deseados, con el propósito de mover el mercado y así poner en marcha a otros actores que manejan posiciones más pasivas. En este sentido es muy importante el rol que le corresponde a los ejecutivos de los bancos y a sus estructuras de control interno, en cuanto a identificar y poner límites a todas aquellas conductas que impliquen un nivel de riesgo que permitan propender a la comisión de un delito, velando por el establecimiento de incentivos idóneos y métodos de detección oportuna de conductas que resulten riesgosas o inapropiadas frente a las políticas internas de gestión definidas por parte de cada entidad.

En el marco de este análisis, es posible advertir que las distintas experiencias que han afectado a la economía mundial, considerando tanto la crisis subprime como la crisis bancaria que afectó a nuestro país en la década de los años 80, dan cuenta que la regulación bancaria no se encuentra preparada para hacer frente a tales eventos.

Es así como hay quienes sostienen que, para evitar la crisis y su posterior impacto, se debe procurar un sistema bancario más seguro en la medida que se cuente con entidades bancarias solventes y que sean capaces de responder adecuadamente frente a eventos de alta tensión financiera, lo cual sin duda es posible dentro del marco de una regulación clara y adecuada.

Tal inquietud ha sido una preocupación no sólo de los países involucrados en tales crisis, atendida la profundidad de las mismas y los efectos que han generado sobre las economías locales sino que también de distintas autoridades económicas como ocurre con el caso del Comité de Basilea, el cual ha reaccionado frente a la crisis 2007 – 2008, estableciendo nuevos acuerdos en temas de capital y liquidez mediante el compendio de normas denominado Basilea III, respecto de las cuales y el carácter vinculante de las mismas, es preciso señalar que no son normas legales en sentido estricto, el compromiso de los países miembros de someterse a estas revisiones genera incentivos de cumplimiento casi tan fuertes como los que tendrían si fueran tratados internacionales.¹⁷⁰ En cuanto a la definición del nivel de regulación por parte del Comité de Basilea, éste ha tenido a la vista como directriz que una regulación compleja es más difícil de supervisar, los órganos de gobierno de los bancos tienen menos involucramiento en decisiones importantes basadas en sistemas que no entienden en su totalidad o que muy pocos funcionarios

¹⁶⁹ DE LA DEHESA, Ob. Cit n 148, p. 41.

¹⁷⁰ MOGROVEJO, Jorge. De Basilea I a Basilea III. Corrigiendo los excesos de la crisis financiera. En: Basilea, la crisis financiera y la institucionalidad regulatoria en Chile. Propuestas de reforma. Santiago. ABIF. P. 44.

entienden.¹⁷¹ Eso lleva a que las disposiciones internas sólo se queden a nivel formal y pierdan toda eficacia frente a la necesidad de contar con una gestión de negocios idónea.

En cuanto a la regulación propiamente tal y bajo la convicción de la necesidad de su existencia como garantía de un sistema financiero sano, el óptimo de la misma comprende dos niveles: Uno de ellos se denomina micro prudencial, la cual tiene lugar respecto de las entidades vistas en forma particular y a ello la administración de su riesgo, es evaluada en forma individual. Por otra parte, se ubica la regulación macro prudencial, la cual aborda los riesgos del sistema financiero en su conjunto. Para determinar qué tipo de regulación se aplicará es necesario considerar el tamaño e impacto que cada entidad bancaria representa dentro del mercado en el cual se desenvuelve, lo cual requiere del conocimiento que tenga la autoridad competente en la materia y poder determinar el real ámbito de acción que tiene la entidad para determinar un modelo de supervisión eficaz que garantice una gestión de calidad.

5.1. Revisión de las principales experiencias que ofrece la Legislación comparada referida a regulación bancaria con posterioridad a la Crisis Subprime.

Una vez que estalló la crisis financiera, las autoridades monetarias de las principales economías, se vieron obligadas a tomar medidas urgentes destinadas a evitar que la solvencia de sus economías se viera afectada por los problemas de liquidez que estaban golpeando al sistema financiero, por medio de inyecciones de mayor liquidez o mediante el otorgamiento de garantías públicas para reestablecer las condiciones de mercado.

La crisis subprime es la más severa crisis financiera que haya afectado a la economía mundial desde la II guerra mundial y a raíz de ello, se entiende la implementación de un número importante de medidas en forma conjunta estimando que, en un mundo de libre movilidad de capitales, la efectividad de la regulación requiere una puesta en marcha y una aplicación coherente en todos los centros financieros de relevancia.¹⁷²

Las reformas de carácter regulatorio que han impulsado tanto el G-20 como el Consejo de Estabilidad Financiera, contienen la idea que el marco regulatorio en el mercado debe ser sólido (robust), esto es, que sea resistente a fallos en aspectos concretos del marco regulatorio y de supervisión.¹⁷³

La idea de solidez de un marco regulatorio suele provocar no pocas confusiones. Así se señala que presenta un intento de eliminar cualquier posibilidad de ocurrencia de una crisis financiera, y que, por ello, supone en primer lugar, un ejercicio de sobre regulación y, en segundo lugar, unos

¹⁷¹ Ob, cit p.44

¹⁷² ROLDAN Alegre, José Maria. La respuesta regulatoria a la crisis financiera global [en línea]www.revistasice.com [consulta 30 de octubre 2017].

¹⁷³ Ibidem

costes en términos de eficiencia claros respecto a la filosofía regulatoria del pasado, que aceptaba las ocurrencias de crisis individuales y que tan sólo pretendía limitar su frecuencia e incidencia.¹⁷⁴

5.1.1. Caso de Estados Unidos.

En este caso y como se dio cuenta en los capítulos anteriores, se trata de un modelo que dispone de una regulación en materia financiera distinta a la Europea y su origen data de mediados del siglo XX, como respuesta a las consecuencias de la gran depresión de los años 30, se trata de normas basadas en regulación de carácter sectorial y local, estableciendo claramente las líneas de inversión que las entidades financieras podían llevar a cabo, instaurando una clara separación entre los bancos de ahorro e inversión y que llegó a su fin en la década de los 80, con la implementación de una serie de medidas destinadas a la desregulación del sistema.

Lo que aquí ocurrió fue un tránsito desde un sistema que limitaba los productos ofrecidos por los bancos hasta llegar a la total diversificación de la cartera de productos bancarios.

Una vez desatada la crisis, la primera reacción vino por parte de la autoridad monetaria, esto es, la Reserva Federal que en conjunto con otros bancos centrales implementó medidas de control, las que consistieron en la reducción del tipo de interés de referencia del 5,25% al 2% y se incrementó notablemente las operaciones del mercado abierto, con el objeto de asegurar el acceso de los bancos a nuevos fondos. Así, por ejemplo, aumentó la cantidad de los Term Auction Facility (TAF) de 60 a 100.000 millones mensuales para promover liquidez a corto plazo, y flexibilizó las condiciones de apalancamiento y riesgo necesarias para acceder al crédito.¹⁷⁵ Atendido que la crisis siguió aumentando, las medidas se mantuvieron en el tiempo y también en cuanto a su intensidad, llegando en el mes de septiembre de 2008 a una tasa de interés del 1%.

La política fiscal también registró modificaciones mediante la aprobación de la Economic Stimulus Act (2008), la cual establece el reembolso de impuestos para las familias de rentas bajas y medias, en incentivos fiscales para motivar la inversión privada y en un incremento en los límites establecidos a las hipotecas que podrían ser adquiridos por entidades de carácter semipúblico como Fannie Mae o Freddie Mac.¹⁷⁶

Otra medida fue el Housing and Economic Recovery Act (2008), autorizando a la Administración Federal de Viviendas (Federal Housing Administration) a garantizar hasta 300.000 millones de dólares en nuevas hipotecas a 30 años, concedidas a los antiguos propietarios, siempre y cuando los prestamistas reaseguren en sus balances al menos el 90% de su valor. Por

¹⁷⁴ Ibidem

¹⁷⁵ PINEDA Salido, Luis. Crisis Financiera y respuesta regulatoria internacional. Ob. cit n.75.

¹⁷⁶ Ibidem

otro lado, intentaba reforzar la confianza en Fannie Mae y Freddie Mac, inyectándoles capital y reformando la regulación sobre este tipo de instituciones.¹⁷⁷

Asimismo, se aprobó un plan de rescate financiero que permitió a la Reserva Federal, comprar deuda o acciones directamente a las entidades financieras, en caso de estimarlo necesario. Todo esto teniendo como referencia las medidas implementadas por Inglaterra para hacer frente a la crisis.

De esta forma, en el mes de octubre de 2008 se promulga la Ley de Estabilidad Económica de emergencia y su propósito fue apoyar a los bancos más grandes para que siguieran otorgando créditos y colaborar con la estabilización de los bancos con problemas. Así la administración se dedicaría un total de 250.000 millones de dólares a la recapitalización bancaria. Por un lado, inyectaría capital en los bancos comprando acciones o activos y, por otro, garantizaría durante un tiempo el préstamo interbancario.¹⁷⁸

En febrero de 2009 se aprueba la Ley de Reinversión y Recuperación de Estados Unidos con el objetivo de estimular la economía y hacer frente a la recesión económica que dio lugar a la crisis subprime, la cual incluyó recortes de impuestos federales, la ampliación de las prestaciones de desempleo y otras disposiciones de bienestar social, y el gasto nacional en educación, salud e infraestructura, abordando un número de aspectos mucho mayor que la Ley de Estímulo Económico de 2008, la cual principalmente iba reducida a controlar la reducción de impuestos. Esta ley incluye una variedad de medidas de gasto y recortes de impuestos destinados a promover la recuperación económica¹⁷⁹. Además de las medidas financieras, el gobierno de Estados Unidos impulsó una reforma de su sistema de regulación financiera, el cual incluía los siguientes aspectos: a) La consolidación de las agencias reguladoras, la eliminación de la carta de ahorro nacional y el nuevo Consejo de Supervisión para evaluar el riesgo, b) Regulación integral de los mercados financieros incluyendo las operaciones de derivados, c) Reformas de Protección al Consumidor y del asegurado y d) Establecimiento de un régimen de resolución para proceder al desmantelamiento ordenado de la empresa financiera en quiebra y las facultades para que la Reserva Federal pueda otorgar créditos en circunstancias inusuales.

Esta iniciativa permitió llevar a cabo una profunda reforma financiera mediante la Ley Dodd Frank y que aborda los puntos críticos que permitieron el desarrollo de la crisis sub prime y en virtud de ello, establecer la necesidad de elevar los requerimientos de capital y liquidez, fortalecer la regulación para las instituciones sistemáticamente importantes, establecer una autoridad de resolución para los intermediarios con problemas , introduciendo nuevas reglas para las

¹⁷⁷ Ibidem

¹⁷⁸ Ibidem

¹⁷⁹ Ibidem

titularizaciones y los derivados, proteger al consumidor y lograr una mayor protección internacional.¹⁸⁰

Las diversas modificaciones introducidas llevan a que la fórmula elegida por esta jurisdicción se sustente en la idea de un modelo de supervisión acompañada de una regulación fuerte con altos niveles de transparencia y busca facilitar la coordinación de las distintas entidades reguladoras y con ello, abordar los eventuales conflictos de competencia entre las distintas agencias a nivel federal y lograr la correcta identificación de los riesgos sistémicos dentro del mercado financiero.

La preocupación respecto de mejoras a la regulación financiera no fue reflejo del interés exclusivo por parte de Estados Unidos y el G-20 en sus cumbres de los años 2008 y 2010 se ocupó de esta materia, diseñando un Programa de Regulación Financiera, considerando un aumento en la supervisión de la banca e incorporando de Basilea III, mayores estándares de información, entre otros.

El nuevo marco institucional financiero en Estados Unidos, incluyó las siguientes instancias: El Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera, cuyo rol es identificar y responder a las amenazas a la estabilidad financiera, promover la disciplina de mercado; la Oficina de Investigación Financiera y la Oficina de Protección al Consumidor Financiero que corresponde a un órgano independiente y con facultades para redactar normas referidas a los productos financieros ofrecidos a los consumidores.

5.1.2. Caso Europeo.

Las iniciativas gubernamentales para frenar la crisis surgieron en distintos países y el objetivo de todas ellas, en general, fue evitar el colapso de las instituciones financieras, descongelar el crédito y los mercados de dinero, y asegurar la capitalización de los préstamos interbancarios, así como la capitalización de los bancos¹⁸¹.

En el caso de la Comunidad Europea, tratándose de un mercado que presenta altos niveles de integración y que cada día va en aumento, lo cual deriva de su naturaleza comunitaria y propende a que las entidades bancarias tengan una clara presencia al interior de la Unión Europea, ha dado lugar a la presencia de sucursales de distintos bancos en varios de sus países miembros con una variada cartera de productos, generando una intensa capilaridad en las relaciones entre los distintos agentes financieros.

Al tratarse de una comunidad formada por distintos estados miembros, la coalición da cuenta de distintas realidades en su interior, debiendo asumir el desafío que los niveles de supervisión y regulación en su interior se ajusten a los estándares internacionales aceptados, debiendo exigir

¹⁸⁰ Ibidem

¹⁸¹ Ibidem

el cumplimiento tanto de las disposiciones de carácter macro prudenciales como micro prudenciales por parte de la totalidad de los integrantes así como velar por su correcta institucionalidad, lo que finalmente no resulta una tarea menor, al tratarse de una comunidad conformada por 27 miembros con idiosincrasias y realidades bastantes disímiles entre sí.

En consideración a la creciente integración del mercado financiero europeo, hay que intentar que de cara al futuro exista un solo organismo que se encargue de la suspensión micro prudencial europea y otro que se encargue de la supervisión macro prudencial a nivel europeo¹⁸².

En la línea de lo expuesto, surge con claridad la necesidad de desarrollar un marco regulatorio en la Unión Europea de gestión de crisis que sea coherente, posible, transparente y claro. Para ello, las autoridades de la Unión Europea deben contar con herramientas de prevención, intervención y de resolución de crisis apropiadas y deben eliminarse todos los obstáculos legales que se interpongan para su utilización por parte de las autoridades de la UE.¹⁸³

Atendido que la Unión Europea obedece a una entidad de naturaleza grupal, existió claridad en la necesidad de contar con la mayor coordinación posible entre los distintos integrantes y conseguir que los países que contaban con una regulación más precaria, adoptaron los estándares internacionales incluyendo el intercambio de información con las entidades supervisoras, lo cual permitirá hacer el debido seguimiento de la calidad de su desempeño e implementar las medidas correctivas que resulten necesarias para abordar las deficiencias que se detecten.

Para los efectos indicados, se ha llevado a cabo la unificación de los procedimientos a nivel regional, otorgándole al Banco Central Europeo (BCE) la responsabilidad de la supervisión (supervisando en forma directa a los bancos más importantes) y a la Autoridad de Resolución Única (SRA) los poderes de resolución. La SRA, en cuyo directorio estarán representadas las autoridades nacionales de todos los Estados miembros, resolverá directamente los bancos de importancia sistémica, los bancos de la UE transfronterizos y todos los bancos cuya resolución requiera el uso del Fondo único de Resolución¹⁸⁴. En el caso del resto de los bancos, podrán ser disueltos por las autoridades locales, lo cual no obsta que la SRA puede intervenir en cualquier momento, en caso de estimarlo pertinente.

Además, a nivel local, se adoptaron medidas específicas para hacer frente a la Crisis Subprime y a modo ejemplar, se hará referencia al caso inglés y español.

5.1.3. Caso Inglés

¹⁸² DE LA DEHESA, Guillermo. Ob. Cit n°1, p. 429

¹⁸³ DE LA DEHESA, Guillermo. Ob. Cit n°1, p. 432.

¹⁸⁴ BOLZICO, Javier. Hacia el fortalecimiento de la resolución bancaria en Chile. En: LARRAÍN, Christian. Basilea, la Crisis Financiera y la Institucionalidad Regulatoria en Chile. Propuestas de reforma. Santiago. ABIF.p 312

La forma de enfrentar la crisis financiera se llevó a cabo por medio de un Plan de Nacionalización parcial de los más importantes bancos del País mediante la compra de acciones por valor de 50.000 millones de libras. Además, el Gobierno Británico, proponía una inyección directa de capital a los bancos por un valor de 200.000 millones de libras en créditos a corto plazo para asegurar su liquidez y ofrecía una garantía de 250.000 millones de libras para garantizar el interbancario.¹⁸⁵

Como consecuencia de estas medidas, el Gobierno Inglés llegó a controlar el 60% del Royal Bank of Scotland y también suministró 350.000 millones de dólares en garantías para que los bancos consigan créditos privados y hasta 400.000 millones de dólares en préstamos a corto plazo a los bancos.

En la misma línea de las medidas implementadas en Inglaterra, Alemania implementó un plan de respaldo de 548.900 millones de dólares en garantías a los bancos y donde 109.000 millones de dólares corresponden propiamente a la nacionalización de activos con el objetivo de salvar a la banca nacional e hipotecaria como el Hypo Real State que se encontraba al borde de la quiebra, por tener una fuerte inversión en deuda contaminada.¹⁸⁶

5.1.4. Caso Español

En este caso, la autoridad sectorial se ha encaminado a buscar soluciones con foco en la cooperación internacional y otorgó un fuerte respaldo a las medidas propulsadas por el G-20.

Lo anterior, sin perder de vista que la economía española demostró durante la crisis la solidez de sus fundamentos y que en palabras de Soledad Núñez, se entiende como “la estabilidad de nuestras instituciones financieras se ha visto favorecida tanto por el prudente modelo de regulación y supervisión financiera español, como por las medidas adoptadas por el gobierno para establecer las condiciones de liquidez en los mercados, facilitar la normal financiación de las entidades de crédito y dinamizar la circulación de crédito para hogares y empresas.”¹⁸⁷

Sin perjuicio de lo anterior, el gobierno puso en marcha una serie de medidas de carácter político-financiero, las cuales comprendían un aumento en la cobertura ofrecida por los Fondos de Garantía de los Depósitos (FGD) tanto en los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de ahorro y crédito. Además, creó un nuevo instrumento para el financiamiento de las entidades de crédito que es el Fondo para la adquisición de activos financieros (FAAF) y que atiende las necesidades de liquidez del mercado y que aparece como contrapartida a las operaciones de simultáneas.

¹⁸⁵ Ibidem

¹⁸⁶ Ibidem

¹⁸⁷ NUÑEZ Ramos, Soledad. La respuesta a la crisis financiera internacional: medidas de estabilización financiera y estrategias de salida [en línea] < www.ief.es > [consulta 30 de octubre 2017].

También se estableció un plan de avales del Estado con carácter irrevocable e incondicional para la renegociación de la deuda privada, con el propósito de disminuir el riesgo de contrapartida de los inversores, de modo que las entidades emisoras disminuyeran las fuentes de captación de recursos y prosiguieran con los procesos de emisión de deudas. Se trataba de un programa ajustado a las recomendaciones sobre Garantías Estatales a la Deuda Bancaria del Banco Central Europeo.

En la misma línea, se dictó el Decreto Ley 9/2009 sobre Reestructuración Bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Independiente de la revisión de las medidas establecidas a nivel local, cabe mencionar que se establece un Sistema Europeo de Supervisores Financieros para la fiscalización de las entidades financieras, la cual se llevará a cabo por parte de supervisores nacionales en coordinación con las Autoridades Supervisoras Europeas, para la coordinación de normas y criterios en los ámbitos de banca, valores y seguros.

5.2. Modelo Chileno

En relación con lo acontecido con ocasión de la crisis subprime y sus consecuencias, es posible indicar que, en el caso de nuestro País, tal crisis no generó consecuencias desastrosas para la banca como ocurrió en el caso de Estados Unidos, debido a que el sistema bancario chileno mostró un importante grado de solidez, lo que quedó en evidencia por el nivel de resiliencia con que enfrentó la crisis financiera del año 2007. La razón de ello obedece a que mediante la dictación de la Ley N° 19.528, se llevó a cabo la incorporación de las Normas de Basilea I a la Ley General de Bancos, con el objeto de establecer una reglamentación homogénea con las legislaciones de otros países y favorecer las evaluaciones de riesgos y solvencia entre otros factores, de manera de propender de esta forma, a la internalización de la banca chilena.¹⁸⁸

Los principales elementos de las Normas de Basilea I que fueron incorporados a la legislación bancaria nacional, se encuentran los siguientes: a) Para los bancos se aumenta el monto mínimo de capital pagado a 800.000 unidades de fomento y se suprime la obligación de constituir el Fondo de Reserva Legal, b) Se sustituyen las normas sobre la relación deuda/capital y se establece el criterio de regular el monto máximo de las operaciones sobre la base de los activos ponderados por riesgo neto de provisiones exigidas, c) Se determinó que el capital básico de un banco, no puede ser inferior al 8% de los activos totales del banco más provisiones exigidas y d) Se incluye el concepto de patrimonio efectivo como elemento de regulación (para su cálculo se considera la suma de diversos factores (capital pagado y reservas o capital básico, bonos subordinados, provisiones voluntarias, entre otras). Además, se debe mencionar que la ley

¹⁸⁸ NACRUR, Miguel. Principales contenidos de la reforma a la legislación bancaria para fines de adecuarla a las directrices y principios del marco de Basilea. En: LARRAÍN, Christian. Basilea, la Crisis Financiera y la Institucionalidad Regulatoria en Chile. Propuestas de reforma. Santiago. ABIF, p. 91

contempla presunciones de inestabilidad financiera de insolvencia que gatillan la capitalización preventiva o presentación de convenio a los acreedores,¹⁸⁹ las que tienen lugar en caso de incumplimiento de los requisitos de patrimonio efectivo y capital básico que exige la misma disposición.

En relación con la capitalización preventiva, presentación de convenio a los acreedores o eventualmente la liquidación forzosa de una entidad bancaria han sido entendidas como fórmulas que permiten regularizar la situación financiera de los bancos y debido a su trascendencia, han sido abordadas en el capítulo XV del mismo texto legal, ofreciendo distintas alternativas y de variada intensidad frente a la naturaleza de los problemas financieros que enfrente un banco.

Lo señalado permite advertir que el sistema bancario chileno contaba con los elementos necesarios para hacer frente a la crisis subprime, debido a que la composición del capital de los bancos se encontraba sujeta a un estándar más riguroso, permitiendo la disposición de un capital mucho más sano y con ello, excluir la presencia de los factores que dieron lugar a la crisis financiera en comento.

5.2.1. Iniciativa tendiente a modernizar la Legislación Bancaria en Chile.

El interés por contar con un sistema financiero sólido a nivel nacional es una preocupación constante por parte de las autoridades sectoriales y en esa línea actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que tiene por objeto modernizar la Ley General de Bancos, mediante la incorporación de una serie de elementos contenidos en el Compendio de Normas de Basilea III.

En cuanto a las motivaciones que llevaron a la presentación del Proyecto de Ley ya mencionado y que hoy es legislación vigente tal como da cuenta de ello la Ley N°21.130 que moderniza la legislación bancaria, el mensaje que acompañó al mismo se refiere a la importancia de los bancos y sostiene que tales entidades generan un punto de encuentro entre ahorrantes e inversionistas, mediante la transformación de ahorros de corto plazo en inversiones de largo plazo. Por otra parte, los bancos desempeñan un importante papel en la cadena de pagos, toda vez que proveen de liquidez a los agentes de mercado, facilitando las transacciones financieras y el intercambio.¹⁹⁰

Asimismo, se reconoce el alto grado de interconexión que existe al interior del sistema financiero por lo cual los eventuales problemas de liquidez de una entidad financiera pueden contaminar al resto, razón por la cual, el sentido de velar por la estabilidad financiera es relevante

¹⁸⁹ En este punto se debe mencionar que se trata sólo de los acreedores que no tienen títulos a la vista.

¹⁹⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2017. Proyecto de Ley que moderniza la legislación bancaria. Junio 2017. Boletín N° 11269-05.

para los efectos del crecimiento económico, la estabilidad financiera y sobre todo, el bienestar social.

Atendido que la evolución experimentada en los últimos años, da cuenta de su alto nivel de la interconexión que experimenta el sistema financiero nacional, tanto a nivel local como internacional, debiendo ser cautos al evaluar su solidez para garantizar su estabilidad financiera y procurar la incorporación de los acuerdos de Basilea, lo que tal como se señaló en las páginas anteriores, constituyen una respuesta a la crisis financiera del año 2008 por parte del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria.

Teniendo presente lo anterior, el actual gobierno estimó necesario trabajar y abordar por medio de este proyecto una adecuada regulación prudencial, entendiendo que se trata de una herramienta que permite alinear los incentivos de los intermediarios financieros y sus acreedores, sustituyendo el rol que le corresponde a los depositantes en su realidad de acreedores de los bancos.¹⁹¹ Es así como la regulación prudencial no sólo tiene por objetivo prevenir el desarrollo de una crisis, sino también enfrentarla de la mejor manera posible en caso de materializarse y para ello, es importante contar con un esquema de supervisión de cumplimiento - lo cual incluye a nivel de ley, los requerimientos de información para las empresas reguladas junto con permitir una inspección eficaz por parte de la autoridad junto a su actuación oportuna ante el desarrollo de una eventual crisis.

De esa forma, es posible advertir que nuestra legislación bancaria y su última modificación, se enmarcan en las tendencias internacionales vigentes para abordar los problemas financieros que afecten a los bancos incluyendo la eventualidad de la resolución bancaria, todo ello desde la perspectiva económico-financiera, sin que el ámbito de los delitos y su sanción sea un punto de preocupación relevante para el legislador chileno y el internacional.

Hoy por hoy, los legisladores y especialmente los supervisores bancarios están abordando el ejercicio de la actividad bancaria desde la perspectiva financiera y con alto interés en la gestión sin abordar el ámbito penal directamente, lo cual deja abierta una ventana que conviene cerrar, a fin de evitar que queden espacios que llamen a la materialización de riesgos desmedidos, debido a la falta de sanciones o que al utilizar las figuras del derecho penal general no resulten debidamente sancionadas, debiendo extender el principio de prevención también en la arista penal, con el objeto de desincentivar el ejercicio temerario de la actividad bancaria, lo que puede acarrear fuertes perjuicios para las entidades de ese mercado y para el público en general.

¹⁹¹ Ibidem.

CONCLUSIONES

Al momento de fijar los lineamientos de la presente investigación, se planteó como objetivo general, la revisión del Título XVII de la Ley General de Bancos sobre Sanciones Penales, para determinar si dichas disposiciones eran suficientes para ofrecer una protección efectiva a la estabilidad del sistema bancario y una debida protección a los ahorrantes, todo ello a la luz de lo ocurrido con motivo de la crisis financiera de 2008.

Para los efectos indicados, se abordaron diversos aspectos de la crisis subprime, la que dejó de manifiesto claras falencias en la regulación del sistema financiero, especialmente en Estados Unidos, a partir de la derogación de la Ley Glass Steagall Act, la cual fue reemplazada en 1999 por la Gramm Leach Bliley que permite a los bancos fusionarse con otras compañías y con ello pudieron incursionar en el mundo de los seguros e inversiones junto a la dictación de la Community Reinvestment Act, la cual buscó disminuir la discriminación en el otorgamiento de créditos a las minorías étnicas y personas de bajos recursos.

De la manera expuesta, se crearon las condiciones que resultaron propicias para el despliegue de fuertes abusos y excesivas especulaciones de mercado, con lo cual se terminó deteriorando el sistema financiero norteamericano, con fuertes repercusiones a nivel mundial.

Las autoridades financieras estimaron que la problemática planteada por la crisis subprime, debía ser resuelta mediante la implementación de medidas de carácter financiero sin que la arista penal se presentara como un ámbito a incorporar dentro del proceso de normalización de la actividad financiera. Es así como las medidas implementadas se dirigieron a prestar ayuda financiera a los bancos mediante planes de salvataje a los bancos, reducción de las tasas de interés, aumento de capital a determinadas entidades financieras y diversas prestaciones en materia de seguridad social, se trataba de medidas de carácter inmediato y a mediano plazo, la preocupación era implementar las normas de Basilea, las cuales, si bien no tienen rango legal, gozan de un fuerte reconocimiento a nivel internacional.

En el caso de nuestro país, los efectos de la crisis subprime no se hicieron sentir con tanta fuerza como lo ocurrido con el sistema bancario en Estados Unidos y eso se debió en parte a la experiencia alcanzada con la crisis financiera local de los años 80, lo cual dio lugar a planes de rescate e intervenciones a importantes bancos del sistema junto a la incorporación de las Normas de Basilea I, lo cual contribuyó a que los bancos tuviesen que dar cumplimiento a mayores exigencias de capital, la inclusión de una serie de presunciones de inestabilidad financiera que permiten la intervención de la autoridad sectorial, entre otras, lo cual da cuenta que el sistema bancario chileno contaba con los elementos necesarios para hacer frente a la crisis subprime.

Lo anterior permite advertir en los estándares financieros contables que dispone la Ley General de Bancos, ofrece garantías suficientes para la estabilidad del sistema financiero y a su

vez, otorgar una adecuada protección a los ahorrantes del mismo sistema, lo cual ha sido una preocupación constante por parte de la autoridad sectorial y muestra de ello es la última modificación sufrida por la Ley General de Bancos mediante la Ley N° 21.130 que moderniza la legislación bancaria y con ello, incorpora las normas de Basilea III a los requerimientos de capital y solvencia que deben cumplir los bancos, para dotar al mercado nacional de los mismos estándares y exigidos a nivel internacional.

Sin perjuicio de lo anterior y que sin duda es muestra de una señal clara de la importancia de la actividad bancaria de nuestro país, no existe una iniciativa tendiente a reforzar el catálogo de delitos que pueden derivar de la gestión bancaria salvo en la inclusión del delito descrito bajo el artículo 161 de la Ley General de Bancos por medio de la Ley N° 21.130, asumiendo que se trata de una actividad expuesta a numerosos riesgos y no todos ellos pueden ser atendidos ex ante por medio de las exigencias contables- financieras, debiendo tener a la vista los ilícitos que pueden llegar a afectarla, atendida la trascendencia de la actividad para la economía del país. Sin duda, la incorporación firme del ámbito penal dentro de los procesos de modernización de la regulación sectorial ofrece una herramienta para la adecuada protección del funcionamiento del sistema bancario y sus ahorrantes.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- AHUMADA Sebastián, REYES Camila y VILLARROEL Karina. Método Estudio de Eventos: Crisis Subprime (Ingeniero Comercial). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 2009.
- 2.- ANGORILLA Cerrato, Álvaro. Crisis Financiera en Estados Unidos en 2008 y repercusiones económicas, políticas y sociales en el resto del mundo. Facultad de Turismo y Finanzas. Grado en Finanzas y Contabilidad. Universidad de Sevilla. Julio 2014.
- 3.-ASTORGA Armijo, Mónica. *Los delitos bancarios* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho). Santiago, 1984.
- 4.-BACIGALUPO Zapater, Enrique. *Sobre Seguridad Jurídica y Derecho Penal Económico*. En: Clase magistral del Dr. Enrique Bacigalupo Zapater al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Santiago, 25 de octubre de 2011.
- 5.- BAJO Fernández, Miguel. *Derecho Penal Económico aplicado a la Actividad Empresarial*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978.
- 6.- BALMACEDA Hoyos, Gustavo. *El delito de estafa en la Jurisprudencia Chilena*, en Revista Chilena de Derecho, volumen XXIV, julio 2011.
- 7.- BOLZICO, Javier. Hacia el fortalecimiento de la resolución bancaria en Chile. En: LARRAÍN, Christian. Basilea, la Crisis Financiera y la Institucionalidad Regulatoria en Chile. Propuestas de reforma. Santiago. ABIF
- 8.- BROCK, Philip L. *Crisis financiera chilena en Cuadernos de Economía*, año 26 N° 78, pp. 177 – 194, agosto 1989.
- 9.- BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, John. *Curso de derecho penal: Parte general*. 2ª edición. Santiago, Lexis Nexis, 2007. Tomo I
- 10.-CÁTEDRA HENDLER. *Una aproximación al tema de los Delitos Económicos*. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. [en línea], <www.catedrahendler.org>
- 11.- CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. *Revista de Ciencias Criminales* (43), 2003..
- 12.- CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada, en www.ciidpe.com.ar
- 13.- CORBO Vittorio, DESORMEAUX Jorge y SCHMIDT-HEBBEL Klaus. La gran crisis financiera de 2007 – 2009. *Estudios Públicos*, 123, 2011.

¹14.- CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Público y Constitucionalización del Derecho Penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal [en línea] www.ubo.cl

15.- CORREA Silva, Cristhian: *La crisis bancaria de 1982- 1983 en Chile, utilizando modelos de duración* (tesis para optar al grado de Magíster en Economía de Recursos Naturales y Medioambiente). Concepción 2014.

16.- CORREA, Eugenia y DUARTE César. Consecuencias de la crisis crediticia estadounidense sobre el balance de los conglomerados financieros en 2007. [en línea]. *Economía informa*. Enero-Febrero 2009. Número 356 <www.economia.unam.mx>.

17.- CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2005. Decreto 100 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

18.- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2017. Proyecto de Ley que moderniza la legislación bancaria. Junio 2017. Boletín N° 11269-05.

19.- CHOCLAN Montalvo, José Antonio. Delito de Estafa. Barcelona, Editorial SA Bosch, 2° edición, 2009.

20.- D'ATELLIS, Agustín. Las calificadoras de riesgo y su rol en las crisis financieras en <https://opinion.infobae.com>

21.- DE LA DEHESA, Guillermo. La primera gran crisis financiera del siglo XXI. Alianza Editorial, 2009

22.- Desregulación = Crisis Financiera, lo ocurrido en 2008[en línea]< [www.sectorial](http://www.sectorial.com). com>.

23.- DONET Granche, Encarna. White collar crime: Delitos de cuello blanco en *Revista de l'Institute Universitari d'Investigació en Criminologia i Cienes Penals* de la UV, [en línea] <http://www.uv.es> recrim.

24.- ESPINOSA Rodríguez, Julio. La crisis financiera: ¿Estafa, mala gestión empresarial, mal manejo macroeconómico o una falta de regulaciones? [en línea]. *Economía y Sociedad*, números 37 y 38, Enero – diciembre de 2010. [citado 25 Octubre 2016].

25.- ERRAZQUIN D. Ignacio. *Reformas y Tendencias recientes de la Legislación Bancaria Chilena* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile, Santiago, 2010.

26.- FERRADA Bórquez, Juan C. La Constitución Económica de 1980 Algunas reflexiones críticas. *Revista de Derecho*, volumen XI, 2000.

- 27.- FERRARI César. Tiempos de incertidumbre. Causas y consecuencias de la Crisis Mundial. *Revista de Economía Institucional*. 10 (19), 2008: pp. 55- 78.
- 28.- GÓMEZ, Diego: Adiós al ladrillo: perfil del banquero del futuro. *Revista Dinero* en www.dinero.com [citado 09/05/2016].
- 29.- GONZÁLEZ, Patricio: *Los delitos de cuello blanco* en www.dialnet.unirioja.es
- 30.- GRIMM, Federico J. *El bien jurídico en los delitos contra el orden económico y financiero* [en línea], Microjuris Argentina, MJ-DOC-9896-AR, <<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/06/28/el-bien-juridico-en-los-delitos-contra-el-orden-economico-y-financiero/>>.
- 31.- HELD, Gunther y JIMENEZ, Luis. *Liberalización Financiera, crisis y reforma del Sistema Bancario Chileno: 1974 – 1999*. Serie de Financiamiento del Desarrollo N° 90, Cepal en www.cepal.org/es/publicaciones.
- 32.- Hipotecas Subprime - ¿cómo debería ser una buena hipoteca ahora? [en línea] <www.helpmy.com>.
- 33.- Hipotecas subprime o basura [en línea] <www.gerence.com>.
- 34.- JAEN Vallejos, Manuel. *Estudio Penales – Principios, sistemas de consecuencias penales, jurisdicción universal, nuevas formas de criminalidad, proceso penal y otras cuestiones de actualidad penal*. 1° edición, Santiago, Legal Publishing Chile.
- 35.- La historia de la crisis financiera en Banca Fácil <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/contenido?indice=1.2.1>>.
- 36.- MANUELITO Sandra, CORREIRA Filipa y JIMÉNEZ Luis. *La crisis subprime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe*, Serie macroeconómica para el desarrollo N° 79 Cepal, Santiago, febrero de 2009.
- 37.- MEJÍAS Rodríguez, Carlos. El ámbito de protección en el Derecho Penal Económico [en línea] *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* <www.scielo.org.mx> .
- 38.- MELLA Cáceres, Rodrigo y otro: *Derecho bancario*. 1° edición. Santiago, Legal Publishing Chile, 2016.
- 39.- MOGROVEJO, Jorge. De Basilea I a Basilea III. Corrigiendo los excesos de la crisis financiera. *En: Basilea, la crisis financiera y la institucionalidad regulatoria en Chile. Propuestas de reforma*. Santiago. ABIF
- 40.- MORAND V. Luis. Apuntes de Fiscalización bancaria en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_1732.pdf

- 41.- MORAND Valdivieso, Luis. Legislación Bancaria, Editorial Jurídica, Santiago.
- 42.- NACRUR, Miguel. Principales contenidos de la reforma a la legislación bancaria para fines de adecuarla a las directrices y principios del marco de Basilea. En: LARRAÍN, Christian. Basilea, la Crisis Financiera y la Institucionalidad Regulatoria en Chile. Propuestas de reforma. Santiago. ABIF
- 43.- NÁQUIRA, Jaime. Principios y penas en el derecho penal chileno, [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23 de abril de 2008, <http://criminnet.ugr.es/recpc>.
- 44.- NOVALES, Alfonso. Política Monetaria antes y después de la crisis financiera. Departamento de Economía Cuantitativa de la Universidad Complutense. [en línea]. Marzo 2010 < www.ucm.es>.
- 45.- NUÑEZ Ramos, Soledad. La respuesta a la crisis financiera internacional: medidas de estabilización financiera y estrategias de salida [en línea] < www.ief.es >.
- 46.- PALIN Sarah. La crisis financiera, los partidos políticos en Estados Unidos y las elecciones II en <https://sarahpalininspanish> [en línea] < www.wordpress.com>
- 47.- PAREDES, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico Bases Político – Criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (11), 2003.
- 48.- PEREIRA Fredes, Esteban. Orden Público Económico: Una propuesta de conceptualización, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 13 – 2008.
- 49.- PINEDA Salido, Luis. La Crisis Financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional.[en línea] <https://dialnet.unirioja.es>
- 50.- POZO Silva, Nelson. *Derecho Penal Económico*. Santiago, Librotecnia, 1° Edición, 2014.
- 51.- PLOTT, Gustavo. *Manual de Operaciones y Servicios Bancarios*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- 52.- ¿Qué ocurrió con las hipotecas subprime? [en línea] < www.helpmycash.com>.
- 53.- RAMOS Cáceres, César: *Delitos Financieros y Económicos*. Revista de Derecho, volumen 33 (N°1), 2012, p. 5
- 54.- REINSTEIN A. Andrés y ROSENDE R. Francisco. *Reforma Financiera en Chile*. Capítulo 9 CEP en www.cepchile.cl
- 55.- REYES, Ricardo. Nota: La crisis financiera: orígenes y efectos. *Gaceta de economía*, año 14, n°26, <<https://scholar.princeton.edu/>>

- 56.- REYNA Alfaro, Luis. *¿Qué es derecho penal económico y de la empresa? Aportes para una delimitación conceptual de su objeto de estudio* [en línea] www.cedpe.com
- 57.- RIGHI, Esteban: *Los delitos económicos*. Editorial Ad-hoc, 2003, ISBN 9508942266
- 58.- ROLDAN Alegre, José Maria. La respuesta regulatoria a la crisis financiera global [en línea] www.revistasice.com
- 59.- SEC: Reforma financiera [en línea] www.boletininternacional.es
- 60.- TIEDMAN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y Delito Económico [en línea] *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10 <https://dialnet.unirioja.es/>.
- 61.- VALDIVIESO A. Rafael. *Crónica de un rescate (Chile: 1973 – 1988)*. Santiago, Editorial Andrés Bello, 1988.
- 62.- VALENZUELA Silva, MARIO. Reprivatización y Capitalismo popular en Chile, en www.cepchile.cl
- 63.- VERA Romero, Francisco. *Constitucionalidad de la reforma de la Ley N° 18.576 frente al derecho de los depositantes*. (memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Universidad de Chile, Santiago, 2009.
- 64.- ZÁRATE Campos Manuel. *Algunos comentarios relativos al delito de obtención fraudulenta de créditos a partir de la jurisprudencia emanada del nuevo proceso penal*, en *Revista del Ministerio Público*.