



**BANCO DE GUATEMALA**

Documentos de Trabajo

**CENTRAL BANK OF GUATEMALA**

Working Papers

No. 65

**AUTONOMÍA Y ARBITRIO: DOS PARADIGMAS  
PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS BANCOS  
CENTRALES. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO  
PÚBLICO\***

**Año 2002**

Autor:

Oscar Eduardo Vargas Rozo

\*Mención Honorífica, reconocimiento otorgado por el Jurado Calificador del  
Certamen Permanente de Investigación sobre Temas de Interés de la Banca  
Central Dr. Manuel Noriega Morales, Edición XIII





## **BANCO DE GUATEMALA**

La serie de Documentos de Trabajo del Banco de Guatemala es una publicación que divulga los trabajos de investigación económica realizados por el personal del Banco Central o por personas ajenas a la institución, bajo encargo de la misma. El propósito de esta serie de documentos es aportar investigación técnica sobre temas relevantes, tratando de presentar nuevos puntos de vista que sirvan de análisis y discusión. Los Documentos de Trabajo contienen conclusiones de carácter preliminar, las cuales están sujetas a modificación, de conformidad con el intercambio de ideas y de la retroalimentación que reciban los autores.

La publicación de Documentos de Trabajo no está sujeta a la aprobación previa de los miembros de la Junta Monetaria del Banco de Guatemala. Por lo tanto, la metodología, el análisis y las conclusiones que dichos documentos contengan son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan la opinión del Banco de Guatemala o de las autoridades de la institución.

\*\*\*\*\*©\*\*\*\*\*

The Central Bank of Guatemala Working Papers Series is a publication that contains economic research documents produced by the Central Bank staff or by external researchers, upon the Bank's request. The publication's purpose is to provide technical economic research about relevant topics, trying to present new points of view that can be used for analysis and discussion. Such working papers contain preliminary conclusions, which are subject to being modified according to the exchange of ideas, and to feedback provided to the authors.

The Central Bank of Guatemala Working Papers Series is not subject to previous approval by the Central Bank Board. Therefore, their methodologies, analysis and conclusions are of exclusive responsibility of their authors, and do not necessarily represent the opinion of either the Central Bank or its authorities.

# AUTONOMÍA Y ARBITRIO: DOS PARADIGMAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS BANCOS CENTRALES. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO PÚBLICO\*

Oscar Eduardo Vargas Rozo

Los recientes cuestionamientos —realizados desde la propia Junta Directiva del Banco de la República de Colombia (Kalmanovitz, 2000; Clavijo, 2001) y desde algún sector de la doctrina económica (Montenegro, 1999)— a las consecuencias económicas de las decisiones de la jurisdicción constitucional, especialmente en lo que se refiere a los efectos de sus fallos sobre las variables económicas y las limitaciones que ello conlleva para el manejo de la política monetaria, por una parte; así como los cuestionamientos que, a su vez, se han escuchado desde algunos sectores de la sociedad y desde los propios cuerpos legislativos frente al manejo de la política monetaria del Banco Central por sus aparentes efectos negativos frente al empleo, el crecimiento y otras variables económicas, por la otra: me animaron a dedicar unos momentos de reflexión a dos temas trascendentales en la teoría de la Banca Central: *autonomía y arbitrio* (discrecionalidad); frente a los cuales muy poco ha aportado la ciencia jurídica, especialmente el Derecho Público Administrativo, a pesar de que dichos temas tienen un fuerte contenido y fundamentación dentro del Banco Central y pueden dar algunas luces frente a esta polémica generada alrededor del asunto.

Gran parte del esfuerzo para justificar las potestades del Banco Central y su independencia frente a los demás detentadores de poder dentro del Estado, está dedicado al tema de la autonomía, lugar adonde muy poco ha lle-

gado el Derecho, pues su estudio se ha realizado esencialmente desde la doctrina económica: la cual —a partir de elementos objetivos y mediante la comparación de variables encontradas en diversos bancos centrales del mundo— ha establecido parámetros para medir la independencia de la autoridad monetaria, haciendo énfasis en su separación funcional y real (no simplemente formal) del Gobierno y del Parlamento, como nota distintiva de tal autonomía (Aglietta, 1994; Cargill, 1994; Rollinat, 1994; Alesina y Summers, 1993; Cukierman, 1992; Cukierman, Webb y Neyapti, 1994).

En cuanto al arbitrio o discrecionalidad del Banco Central para determinar la dirección de la política monetaria y escoger los instrumentos necesarios para llevarla a cabo, si bien se encuentran algunos comentarios adicionales en casi todos los autores citados y en otros (Rubli Kaiser, 1997; Rollinat, 1994; Hoggart, 1996), ello parece considerarse una consecuencia económica necesaria y natural de la autonomía de un Banco Central, sin que se haya ahondado en las muy profundas consecuencias jurídicas de dicha característica, pues, como veremos en el tercer capítulo, ello independiza al Banco Central de las indebidas injerencias de la autoridad judicial; prevención que hoy más que nunca es necesario mantener, habida cuenta del activismo judicial que, como relata Clavijo (2001 p. 3), se ha venido presentando en diversos países de Latinoamérica.

La necesidad de abordar este último asunto desde un punto de vista jurídico cobra aún mayor evidencia si se

\* Trabajo galardonado con Mención Honorífica en la XIII Edición del *Certamen Permanente de Investigación sobre Temas de Interés para la Banca Central* Doctor Manuel Noriega Morales.

tiene en cuenta el desarrollo que en el Derecho Administrativo Comparado ha tenido —no libre de profundas discrepancias y polémicas— la llamada discrecionalidad técnica, innata a las actuaciones de ciertas organizaciones públicas encargadas del manejo autónomo de temas especializados de vital importancia dentro del Estado, a partir de la cual se han establecido límites a las potestades judiciales de revisión, con fundamento en la teoría de la división de poderes y de la insustituibilidad de la Administración por los jueces según el Derecho Continental o de *hands-off* (manos fuera de los asuntos del Ejecutivo) y *judicial deference* (aceptación judicial de las valoraciones hechas por las Agencias) en el Derecho Americano.

Autonomía y arbitrio o discrecionalidad técnica forman un escudo complementario para el ejercicio técnico y apolítico que requiere el Banco Central en su calidad de máxima autoridad monetaria, pues mientras que la primera le otorga independencia de las influencias políticas del Ejecutivo, del Parlamento y, en ocasiones, de otros grupos de interés (económicos y sociales) —donde hasta ahora ha estado el principal foco de atención de los economistas (Alesina y Summers, 1993)—; el segundo, como técnica propia del Derecho Administrativo, le brinda la debida inmunidad contra las injerencias indebidas de los jueces, quienes por vía del control judicial constitucional o contencioso no podrán exceder su función de legislador negativo y, por ende, tendrán vedada la posibilidad de impartir órdenes o instrucciones respecto al manejo que debe darse a la política monetaria, cambiaria y crediticia, en cuanto resguardo del arbitrio técnico dado por el ordenamiento jurídico al Banco Central.

Este documento intentará abordar estos dos temas: *autonomía y discreción*, desde una perspectiva jurídica, en especial a partir del Derecho Administrativo, no solo para enriquecer esta discusión, sino además con el fin de ayudar en la búsqueda de sus justas dimensiones y de advertir los riesgos que existen para el ejercicio de las funciones del Banco Central, si se deja de lado el rigor jurídico propio de las herramientas del Derecho Público que han sido utilizadas para construir su actual estructura. Previamente revisaré lo que con fundamento en Loewenstein podría llamarse la decisión política fundamental en materia monetaria: la estabilidad de precios es un fin de interés general. Tomada esta decisión política

fundamental, es más comprensible y justificable la existencia de un Banco Central autónomo que, sin perjuicio de los límites y controles jurídicos propios de un Estado de Derecho, queda protegido por el mismo ordenamiento jurídico contra la intervención indebida de las otras fuentes de poder estatal, gracias a la reserva de arbitrio técnico que para el efecto se le ha garantizado.

### I. El control de la inflación: decisión política fundamental de rango constitucional

Cuando Aglietta (1994 p. 83) menciona que la autonomía del Banco Central funciona como un *mito*, es decir, como una convicción íntima de los agentes económicos en que ella debe darse, no refleja otra cosa diferente al carácter de dogma que para el Derecho encierran muchos de estos temas de política monetaria, los cuales solamente pueden funcionar, especialmente en momentos de crisis, a partir de su aceptación como verdades no discutibles.

El primer gran paradigma aceptado por las sociedades modernas, antes que la autonomía del Banco Central, es el relativo a que la inflación tiene consecuencias negativas para el bienestar común y que, por ende, su lucha (al combatirla) necesariamente debe ser entendida como un fin de interés general. Esta aceptación, proveniente de la realidad vivida por muchos pueblos, ha trascendido al campo del Derecho y no ha quedado en una simple especulación teórica de la ciencia económica. La aversión a la inflación, normalmente mayor en países que han sufrido procesos hiperinflacionarios (Alessina y Summers, 1993, p. 165; Kalmanovitz, 2000, p. 51), se ha difundido a lo largo de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, convirtiéndose en un compromiso institucional y en una función estatal específica, encargada ésta a organismos plenamente identificados y aislados de las presiones políticas, a los cuales se les ha entregado dicha responsabilidad.

La estabilidad de precios será entonces lo que podemos denominar el **paradigma base** a partir del cual se edifica la teoría de la Banca Central moderna y que ha permitido justificar la existencia de instituciones legal o constitucionalmente reconocidas para controlar la inflación, las cuales requieren de un nivel de autonomía mínimo y de cierta discrecionalidad en sus actuaciones.

Así, cuando una baja y estable inflación es un bien meritorio universal (Kalmanovitz, 2000 p. 45) y por ello alcanza reconocimiento y protección jurídica, el Derecho acude a la figura del interés general, para significar que no se trata de un bien individual sino de un bien colectivo, cuya protección corresponde ahora al Estado a través de sus diversas organizaciones públicas “en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes a la esfera propia de los sujetos privados”. (Parejo, 1994 p. 304).

La concepción de que un asunto forma parte del interés general de la colectividad, permite que su búsqueda actúe como mandato de orientación y ordenación de las funciones públicas estatales, con capacidad de sacrificar intereses particulares en procura del bienestar general, lo cual opera sin perjuicio de las garantías constitucionales establecidas cuando quiera que el Estado requiera para ello del sacrificio de situaciones individuales. La elevación de determinados fines a la categoría de intereses generales no los hace extraños a los que persigue la sociedad, sino que —por el contrario— representa un refuerzo de un mandato colectivo hacia las autoridades en un momento determinado de la historia, pues “en un Estado democrático es forzoso entender que la publicación de esos intereses se realiza en beneficio de la sociedad, aunque en cada caso beneficie más a unas categorías de ciudadanos que a otras y aunque se pueda discrepar de lo que es o no beneficioso (y aquí entra en juego el valor constitucional del pluralismo democrático)”. (Sánchez Morón, 1995 p. 98).

El compromiso de la sociedad, en la lucha contra la inflación, se convirtió en las décadas pasadas en casi todo el mundo en lo que Loewenstein llamaría desde el Derecho Constitucional “una decisión política fundamental”; es decir la elección, por parte de la comunidad estatal, de una entre varias posibilidades, de aquello que debe regir y regirá el futuro de dicha sociedad (1983 p. 63). Esa decisión política frente a la inflación y a los instrumentos aceptados para su manejo, implica de suyo un convencimiento de su bondad para el bienestar general y, por tanto, un compromiso de la colectividad en su observancia, que se encuentra hoy en día al nivel de otras decisiones fundamentales, tales las relativas al sistema de Gobierno, el modelo económico, el reconocimiento de los derechos fundamentales, el sistema tributario, entre otros. (Loewenstein, 1983 p. 64).

En la medida que la lucha contra la inflación como fin estatal alcanza un rango constitucional —más aún cuando es único y excluyente de otros objetivos a cargo de otras autoridades (estabilidad financiera, empleo, desarrollo, etcétera), lo cual revela su importancia— surge una consecuencia jurídica básica: un cambio (una modificación) en esa decisión política fundamental solamente puede hacerse mediante otra decisión de la misma naturaleza y de rango igualmente constitucional, lo cual si bien no es imposible —es hasta incluso normal en la evolución de los pueblos— implica acudir a mecanismos de discusión y aprobación largos y complejos, especialmente en el caso de los llamados sistemas constitucionales rígidos.<sup>1</sup> Por tal razón, salvo el propio órgano que la misma Constitución haya señalado para su reforma y previo el cumplimiento del procedimiento previsto para el efecto, a ninguna otra autoridad o rama del poder público —ni siquiera la judicial mediante sentencia o el legislativo por ley ordinaria— le está permitido modificar o alterar dicho objetivo.

He aquí que la primera y fundamental garantía de no intervención de que goza la autoridad monetaria para el logro de su finalidad —cuando esta es de rango constitucional— es la imposibilidad de que esta sea modificada, opinada o alterada, sin el cumplimiento de los procedimientos propios para la toma de decisiones fundamentales de ese mismo nivel.

De otra parte, en tanto que los ordenamientos jurídicos hayan optado por el sistema de objetivo único para el Banco Central —que en términos de Bianchi constituye la idea predominante en la actualidad (1994, p. 7)<sup>2</sup>— se otorga un refuerzo a la autoridad monetaria contra los controles políticos y las censuras que puedan hacerse cuando, en la búsqueda de la estabilidad de precios, su actuación pueda conllevar sacrificios indirectos e inmediatos de otros objetivos a cargo de los demás detentadores de poder.

En este sentido, el control de la inflación queda instituido como un fin en sí mismo que no necesita justifi-

<sup>1</sup> Por oposición a las constituciones flexibles, cuya reforma se hace mediante el mismo trámite de una ley ordinaria.

<sup>2</sup> Rollinat también afirma: “Si hay un punto común en los nuevos estatutos de los bancos centrales, bien sea de Europa o América Latina, es la prioridad del objetivo final de defender la moneda y estabilizar los precios. (1996 p. 112)

cación, a partir de otros indicadores externos inmediatos; por cuanto se le ha considerado esencial y eficaz per se para el desarrollo y la estabilidad económica, y para cuyo logro la propia colectividad lo ha separado, no solo de las influencias del poder político, sino de su propio querer ordinario —razón que la ha llevado a tomar una decisión política fundamental— en la medida que ella misma es conocedora de su propia debilidad y de que *ex post* puede tender a ser incongruente y pretender una política monetaria más laxa. (Alesina y Summers, 1993, p. 160).

Cuando el ordenamiento jurídico establece que la finalidad única del Banco Central es la estabilidad de precios, sin condicionarlo a otros objetivos inmediatos a cargo del Gobierno (empleo, desarrollo, crecimiento, etcétera), no lo hace porque estos le sean indiferentes, sino porque parte de la base de que el cumplimiento de dicho fin es por sí mismo generador de un bienestar general deseado y aceptado por toda la sociedad, bajo el entendido de que un Banco Central con múltiples objetivos corre el riesgo de estar expuesto a la “superposición entre distintas áreas de gobierno y la política económica perdería efectividad en coordinación y control” (Fernández Roque, 1994, p. 42).

Kalmanovitz (2000, p. 33) se refiere expresamente al sentido que tiene la defensa del mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda dentro del Estado, en cuanto que la inflación se convierte en “un impuesto despótico, caótico y a veces regresivo, que por la acción de la autoridad monetaria es devuelto al pueblo”. En tal sentido no es vano afirmar que cada centro de poder estatal deberá responder por los fines que le han sido encomendados y, como sucede entre nosotros, en el caso del Banco Central, el suyo no es otro que la estabilidad de precios. Los demás objetivos estatales (empleo, fomento a la producción, redistribución del ingreso, etcétera), si bien requieren de ese fin encomendado al Banco Central y de sistemas de coordinación con este, no son del resorte de la autoridad monetaria y, en tal sentido, la responsabilidad en su logro será de quien —dentro del esquema de repartición de funciones— haya recibido la respectiva misión.

La unidad orgánica predisuelta para la tutela de este interés general, el control de la inflación, y las potestades que aquella recibe para la consecución de este,

develan la importancia y jerarquía de dicho interés dentro de la organización general del Estado (Ortega, 1994, p. 185). Así, se observa que el Banco Central ha sido revestido de importantísimas potestades y garantías para lograr un fin considerado por esencia superior, o, desde otra perspectiva, como instrumental y necesario para el logro de otros objetivos del Estado.

La estructura misma de los sistemas democráticos —basados en la repartición de funciones entre diversos organismos dotados de legitimidad a partir de las propias decisiones fundamentales tomadas por la colectividad (que conforman el texto constitucional)<sup>5</sup>— y la existencia de un principio de legalidad —que determina qué y cómo corresponde actuar a cada quien dentro del Estado— no permiten trasladar fines y responsabilidades de forma arbitraria entre los diferentes organismos públicos.

## II. La autonomía del Banco Central: el gran reto dentro de la estructura del Estado

El concepto de *autonomía* del Banco Central, segunda decisión política fundamental que se adiciona a la del control de la inflación como finalidad del Estado, se ha edificado a partir de las doctrinas económicas que asocian la independencia entre el Banco Central y el Gobierno con la posibilidad real de conseguir el objetivo de estabilidad de precios (Cargill, 1996, p. 91), en cuanto que la *ilusión monetaria* de conseguir mayor crecimiento con mayor inflación, a la cual estaría tentado el poder político, “no existe mucho más allá del muy corto plazo” (Steiner, 1995, p. 2), de forma tal que la política monetaria debe estar en manos de una autoridad autónoma que no esté tentada ni requiera acudir a dicho mecanismo para legitimar su actividad.

El concepto de autonomía del Banco Central nace ligado, entonces, a la preocupación de aislar la moneda de los intereses políticos, de forma tal que —como señala Aglietta (1996, p. 83)— no parezca que ella es manejada en beneficio de grupos particulares, sino como un bien que se encuentra al servicio de todos. Alesina y

<sup>5</sup> “La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como separación de poderes estatales, es en realidad la distribución de funciones estatales a diferentes órganos del Estado”. (Loewenstein, p. 55)

Summers (1993, p. 160) han encontrado dicha justificación en la necesidad de que el manejo de la política monetaria pueda aislarse de los ciclos electorales, a fin de que los Gobiernos no puedan utilizar la moneda para financiar artificial y arbitrariamente sus proyectos políticos.<sup>4</sup> En tal sentido, la autonomía del banquero central gira en torno a la posibilidad de tener un manejo monetario de largo plazo, que por lo mismo no pueda ser utilizado como política electoral de los Gobiernos de turno.

La autonomía del Banco Central aparece en el Derecho como una forma paradigmática de separar una decisión técnica —basada en la ciencia económica— del juego político en el que se desenvuelve gran parte del andamiaje de las funciones de gobierno, el cual se encuentra constantemente vigilado y presionado por el electorado y los grupos de interés. Sin perjuicio de la coordinación necesaria entre el Ejecutivo y el Banco Central y de la posibilidad de algún tipo de participación reglada del primero en el segundo (Diz, 1996, p. 88), se busca que las decisiones monetarias no tengan los ingredientes políticos propios de quien, para responder a sus electores, pueda utilizar la ya referida *ilusión monetaria*.

Es dentro de este contexto donde es posible entender el sentido de la autonomía del Banco Central, como expresión de la recepción por parte del ordenamiento jurídico de un interés general de protección de la estabilidad de la moneda, en el entendido de que para ello es necesario contar con un organismo especializado de orden esencialmente técnico, separado de la influencia política del Ejecutivo, a modo similar de las agencias del Derecho Americano.

La doctrina económica, no obstante advertir que la verdadera autonomía más que formal es real, se ha ocupado más del *qué* identifica a un Banco Central autónomo, a partir de una serie de factores formalmente deseables para que ella pueda darse, que del *cómo* ello se ha instrumentado en los Estados modernos.

La tabla de variables —presentada por Cukierman, Webb y Neyapti (1992, P. 358 y 359)— nos muestra detalladamente los aspectos a partir de los cuales econo-

mistas y banqueros centrales miden el grado de autonomía de la autoridad monetaria a saber: a) Procedimientos de elección y remoción del directorio o junta y de su gerente o presidente; b) Elección de la política monetaria y de sus mecanismos para llevarla a cabo; c) Sistema de objetivo único o plural; d) Limitaciones a la posibilidad de otorgar crédito al Gobierno. De ahí que Alesina y Summers (1993, p. 160) señalen que la autonomía política “depende de la relación institucional entre el Banco Central y el Poder Ejecutivo, el procedimiento para la nominación y despido del banquero central, el papel de los funcionarios gubernamentales en la Junta Directiva del Banco Central y la frecuencia de contactos entre el Ejecutivo y el Banco.”

Así, para la doctrina económica, la autonomía del Banco Central está directamente relacionada con la posibilidad de nombramiento, pero sobre todo de remoción de los miembros directivos o del Gerente del Banco Central por parte del Gobierno, para lo cual resultaría ideal la *no correspondencia* de períodos entre ambos. Asimismo, habrá un mayor grado de autonomía si el banquero central es quien define la política monetaria, la cual se reducirá proporcionalmente en la medida que el Gobierno participe en ella; llegando a un grado mínimo, si aquel tiene la posibilidad de vetar una decisión de política monetaria tomada por el directorio o junta. En igual sentido, como ya revisamos, la pluralidad de objetivos asignados al Banco Central reduciría su autonomía, por cuanto le obliga a depender y a recibir mayor injerencia de los demás organismos del Estado involucrados en su logro. Finalmente, el último indicador reflejaría que, en la medida que el endeudamiento al Gobierno no sea obligatorio para el Banco Central y que para su aprobación existan fuertes restricciones y se requieran votaciones cualificadas (mayoritarias o absolutas), se garantizará mayor autonomía y transparencia en la política monetaria.<sup>5</sup>

Sin embargo y a pesar de la claridad que estos tópicos otorgan para identificar, al menos formalmente, un Banco Central autónomo, es importante mencionar que la recepción por el Derecho Público, de tradición continental, de una organización con esas características de autonomía, sin romper la unidad del Estado, ha resultado un asunto bastante complejo a la luz de los tradicionales sistemas de organización administrativa.

<sup>4</sup> Los estudios comparativos de Cukierman (1994, p. 1437) demuestran que en los ochenta un gran número de países adelantó reformas legales tendientes a dar mayor autonomía a los Bancos Centrales en relación con el Gobierno.

<sup>5</sup> Una descripción detallada, en Bianchi, 1994.

En esta discusión, sobre el lugar que ocupa la autoridad monetaria autónoma dentro del Estado, es importante tener en cuenta dos principios aportados por los propios economistas. Aglietta, citado por Rollinat, nos da el primer punto de partida: "El Banco Central es una institución esencialmente estatal. No tiene sentido pretender que sea independiente del Estado" (1996, p. 110). De otro lado, Bianchi ha recordado que la autonomía de los bancos centrales representa un problema político dentro de los Estados en cuanto "implica necesariamente una transferencia de poder desde el Poder Ejecutivo al instituto emisor" (1994, p. 13).

Lo anterior denota, por una parte, la naturaleza pública de la función estatal encomendada al Banco Central, independientemente de que las legislaciones opten por la técnica de remisión al Derecho Privado en ciertos aspectos de su funcionamiento y, por otra, el carácter no originario de aquella, en cuanto atribución tradicionalmente a cargo del Ejecutivo.

Sin embargo, la autonomía requerida por el Banco Central no se podría alcanzar a través de las técnicas clásicas de organización administrativa heredadas del Derecho Francés, ya que si bien estas conciben la creación de nuevas personas jurídicas como consecuencia necesaria del crecimiento de las tareas del Estado<sup>8</sup> —lo cual, por transposición de las características de la "personalidad jurídica" del Derecho Privado, les da cierto nivel de autogestión— aquellas están concebidas también para mantener y garantizar un grado importante de cohesión y unidad de la Rama Ejecutiva a través del tradicional "control de tutela administrativa", en virtud del cual se reserva al Gobierno "una participación en el poder decisorio" de la nueva entidad, "a través de una heterogénea multiplicidad de técnicas de intervención con criterios de oportunidad: autorizaciones y aprobaciones, nombramientos y separaciones, procedimientos bifásicos, informes previos vinculantes, etc." (Martínez López-Muñoz, 1986, p. 52).

La preocupación por mantener la unidad del Estado y por garantizar la posibilidad de que el Ejecutivo pudiera desarrollar un programa uniforme de gobierno, llevó a que, paralelamente a la aparición cada vez más frecuente de personas jurídicas de Derecho Público destinatarias

de funciones especializadas, se perfeccionara una serie de técnicas de control a favor del poder central, que bajo la denominación genérica de tutela administrativa, pretendían salvaguardar la coherencia de la acción pública del Ejecutivo (Caballero Sierra, 1980, p. 95; Rivero, 1984, p. 344).

En la medida que la tutela administrativa termina siendo un control de *oportunidad* o conveniencia de las decisiones del ente que recibe la función (Vedel, 1980, p. 542; Laubadère, 1984, p. 138), su eliminación en el caso del Banco Central permite que este se libere de dicha limitación, salvo en el caso de aquellos sistemas en que se mantiene el poder de veto, en cabeza de quien representa al Gobierno dentro del directorio del Banco, garantizando la potestad del Banco de seleccionar sus objetivos y escoger, sin restricciones, los instrumentos de política monetaria y el momento y extensión de su utilización.

Entonces, la autonomía requerida para el Banco Central —según los estudios que se han hecho a partir de la ciencia económica (Cukierman y Bianchi, por ejemplo)— no depende tanto de la "personalidad jurídica" que se le otorgue al mismo, como de la decisión que se tome frente al rompimiento o la graduación de los poderes de tutela administrativa tradicionalmente reservados al Ejecutivo para el control de las nuevas organizaciones creadas como receptoras de sus funciones originarias (nombramiento de funcionarios, poder de veto, aprobación de actos, etcétera), pues es en estas donde se encuentran las facultades políticas de designación, remoción, autorización y dirección que se requeriría eliminar para la autonomía de la autoridad monetaria.

Sin duda, el hecho de que el Banco Central sea una persona jurídica —aparte del Ejecutivo— es importante para tener cierto grado de autonomía; pero respecto a su independencia del control del Gobierno, ello se logra esencialmente a través de la graduación de los poderes de tutela administrativa. Por ejemplo, en el caso del Banco de la República de Colombia, la fórmula "persona jurídica con autonomía administrativa, patrimonial y técnica" obedece a un comodín utilizado desde la reforma administrativa (de 1968) en todas las entidades descentralizadas por servicios; por lo tanto no es ello lo que le da su verdadera autonomía, sino la desaparición y modulación de gran parte de los poderes de tutela administrativa y, en general, mediante la prohibición genérica de

<sup>8</sup> Caballero Sierra, 1980, p.100.

que no se le aplicarán las normas de las entidades descentralizadas por servicios, mecanismo que impide al Gobierno utilizar la figura de las directivas presidenciales para impartirle instrucciones sobre su actuación.

En adición hay que tener en cuenta que el Banco Central, en casi la mayoría de los países, no nació como una entidad pública originaria, sino que representa la lenta transformación de una organización esencialmente privada que fue siendo depositaria a lo largo del tiempo de funciones públicas, lo que en ocasiones puede generar mayores dificultades en el análisis de su lugar dentro del Estado.

Por lo anterior, es fácil concluir que los Bancos Centrales no aparecen por generación espontánea formando un “cuarto poder” dentro del Estado, ni tampoco pueden equipararse a un poder paralelo a este —pues ello resquebrajaría la esencia misma del Estado de Derecho— sino que corresponden a una forma especial y diferente de organización de una función pública originariamente gubernamental que, por su carácter técnico (por esencia) se ha querido dejar en manos de una autoridad ajena a los vaivenes del juego político propio del Gobierno.

Nótese cómo esa tecnificación de las funciones del Banco Central, desligándolo del aspecto político-electoral, guarda los mismos elementos esenciales de las *agencias* o Comisiones Reguladoras Independientes desarrolladas en el Derecho Americano, en cuanto “instituciones especializadas en que se intenta excluir el poder crudamente político del Presidente y remitir su funcionamiento a criterios estrictamente técnicos y objetivos, administrados por un personal independiente y permanente, a cubierto de las masacres funcionariales determinadas por los cambios presidenciales (...) a las que se delega un poder normativo propio y de resolución con el cual logran establecer regulaciones y gestiones objetivas y técnicas”. (García de Enterría, 1997, p. 176).

A pesar de que incluso en algunas legislaciones los bancos centrales han sido formalmente excluidos de la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público mediante la figura de los “órganos autónomos” en ocasiones de rango constitucional, ello solo representa el deseo ya visto de alejarlas de las interferencias del Gobier-

no, pero no conlleva un rompimiento de la teoría de división tripartita de poderes, pues en estricto sentido aquellos (los bancos centrales) forman parte del concepto genérico de “Administración”, en cuanto entidades estatales encargadas de la regulación y ejecución —conforme a la ley— de una actividad de interés general. Se mantiene entonces en el Banco Central el *principio de especialidad* propio de las personas jurídicas de Derecho Público, en virtud del cual estas solamente se encuentran habilitadas para realizar los actos relacionados de forma directa con el objeto que les ha sido encomendado por el ordenamiento jurídico. (Vedel, 1980, p. 538).

Lo que se revela aún más en el caso del Banco Central es que, debido a la proliferación de personas jurídicas públicas que cumplen funciones estatales, la unidad de las mismas ya no se alcanza exclusivamente mediante los mecanismos tradicionales de tutela administrativa, sino a través de la sujeción de todas ellas al ordenamiento jurídico (López-Muñiz, 1986, p. 53); ordenamiento que se encarga de regular su organización y actividad y se reserva la opción de modificar el reparto de competencias realizado entre las mismas. La sujeción del Banco Central a la Constitución y al ordenamiento jurídico en general (bloque de legalidad) —la que se incumple incluso cuando se le remite para determinados aspectos al Derecho Privado— lo mantiene unido a la estructura estatal, más allá de que de modo formal pueda ser desvinculado de la rama ejecutiva.

De esta forma, mediante la sujeción del Banco Central al ordenamiento jurídico, se garantiza el cumplimiento de sus funciones conforme a los mandatos que se le hayan impuesto, pues el desvanecimiento del poder de tutela administrativa —del cual cada legislación en mayor o menor medida conserva algunos elementos para mantener cierta coordinación con el Ejecutivo— no conlleva la desaparición de los demás controles que existen en el Estado, en cabeza de los diferentes detentadores de poder y que obran como frenos a los excesos y extralimitaciones, en la medida que el poder sin control “se transforma en tiranía y arbitrario despotismo” y por ello adquiere “un acento moral negativo” (Loewenstein, 1983, p. 28).

El contrapeso del Banco Central en cabeza del Ejecutivo depende así, de las facultades que este conserve para influir en asuntos como el nombramiento o remo-

ción de sus funcionarios, la adopción o sustitución de la política monetaria, la aprobación de su presupuesto, etcétera, para lo cual —desde una perspectiva jurídica— seguirá siendo útil el estudio de dicha relación de poder a partir de las técnicas de tutela administrativa tradicionalmente manejadas, no obstante que hoy en día el estudio del Banco Central se haga por fuera de las mismas.<sup>7</sup>

Es importante señalar, según se observa en estudios de legislación comparada como el de Bianchi, que la moderación o desaparición de los mecanismos de control del Ejecutivo frente al Banco Central, se encuentra ligada al fortalecimiento de los controles políticos por parte del Congreso, quien entra a asumir el aparente vacío dejado por la señalada separación.

Dicho control del Legislativo, en el mayor de los casos, se refleja en la obligación de presentar informes periódicos por parte del Banco Central y, como en el caso colombiano, comprende igualmente la posibilidad de que los altos funcionarios del Banco Central deban comparecer ante el Parlamento cuando son citados por este. La importancia de estos controles se evidencia cada vez más en los Estados Modernos, donde el Parlamento se convierte en una tribuna pública de debate de los asuntos públicos, al que concurren autoridades y ciudadanos de forma abierta, constituyéndose per se en un elemento fundamental del poder parlamentario. (Duverger, 1988, p. 151).

En todo caso no es común que, en el caso del Banco Central, el Parlamento pueda ejercer la plenitud de técnicas diseñadas por el Derecho para ejercer la fiscalización política de la Administración, en la medida que —frente al instituto emisor— aquellas usualmente se limitan, dentro de la clásica estructura de Merkl, al derecho de *interpelación* o solicitud de informes y citaciones, quedando por fuera el derecho de *resolución* (que incluye las invitaciones al Ejecutivo para que adelante acciones concretas en determinadas materias y el voto de censura) y el derecho de *encuesta*, equivalente a lo

que Duverger llama comisiones de encuesta o de control, encargadas de efectuar investigaciones sobre el Ejecutivo, con amplios poderes de inspección e instrucción.

La importancia del control del Congreso sobre el Banco Central no puede menospreciarse ya que la cercanía de aquel con la ciudadanía y el amplio poder de manejo de la opinión pública, puede tener repercusiones de gran magnitud en la credibilidad y el respaldo institucional y social que requiere la política monetaria; aspecto este “más complejo que el simple otorgamiento de independencia formal al BC” (Fernández Roque, 1994, p. 53). La vía del control parlamentario del Banco Central se convierte en el canal de contacto entre este y la población, a través del cual las decisiones de autoridad monetaria se hacen susceptibles de cuestionamiento y manejo político. La responsabilidad política, como dice Loewenstein, se ha convertido en la técnica más eficaz para controlar a los detentadores de poder (1983, p. 71).

En este tema de las relaciones del Banco Central con el Poder Legislativo, es necesario anotar un comentario final. Dentro de la teoría de los *checks and balances* (frenos y contrapesos de los poderes del Estado) el Congreso —al recibir constitucionalmente una facultad general para ser el inmediato realizador de las decisiones fundamentales— cuenta con un potestad amplia y originaria de delimitación del marco de actuación de las demás ramas del poder. Ello significa que el Banco Central, como cualquier otra organización pública, se encuentra en una u otra medida sujeto a ese poder de delimitación general de sus funciones (por parte del Congreso), lo cual se traduce en un mecanismo de control indirecto sobre el mismo.

En toda circunstancia, el poder delimitador general de la Ley no puede desconocer el marco de distribución de competencias asignado de manera directa por la Constitución, y en tal medida deberá respetar las órbitas funcionales de las demás ramas del poder público, incluida la del Banco Central, de quien no podrán sustraerse funciones constitucionalmente otorgadas para ser entregadas a otras entidades del Estado, ni siquiera a favor de la propia Ley (Corte Constitucional, Sentencia C-955 del 26 de julio de 2000).

La autonomía requerida por el Banco Central, incluso del mismo Congreso (Rubli Kaiser, 1997, p. 57) queda

<sup>7</sup> Rivero agrupa los procedimientos de tutela en tres aspectos que se identifican fácilmente con los indicadores de autonomía ya vistos a partir de los estudios económicos de Cukierman: control sobre las personas (nombramiento y remoción); control sobre los actos (aprobación previa, veto o anulación, sustitución de la decisión); control sobre la ejecución o tutela indirecta (limitaciones presupuestales, aprobación de proyectos etcétera). (1984, p. 346) En un sentido muy similar, Vedel (1980, p. 543) y Caballero Sierra (1980 p. 95 y ss), entre otros.

entonces garantizada por la imposibilidad para este último de modificar el régimen constitucional del Banco Central, el cual queda protegido de la interdicción de arbitrariedad del legislador que le prohíbe “inmiscuirse mediante resoluciones o leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades” (Artículo 136 No. 1 de la Constitución Política).

### III. Arbitrio técnico del Banco Central y control judicial de la política monetaria

Los recientes artículos publicados por los codirectores del Banco de la República de Colombia, Kalmanovitz y Clavijo, bajo los títulos *Consecuencias económicas de la Corte Constitucional* y *Fallos y fallas económicas de las altas Cortes*, respectivamente, develan una preocupación —no exclusiva de los economistas sino, en general, de la ciencia jurídica—, por la indebida intromisión de los jueces en las esferas propias de los demás órganos de poder, en especial cuando un aparente conflicto jurídico encierra en el fondo una decisión política o económica. No en vano Loewenstein, muy sugestivamente, se ha referido a la llamada “judicialización de la política”.

Tal preocupación radica esencialmente en el carácter de *órganos de cierre* del sistema que ostentan los jueces. La necesidad de seguridad jurídica y de certeza sobre las reglas que rigen el juego social y las relaciones de poder entre los individuos, coloca a los jueces en el peldaño final de revisión de los conflictos surgidos del seno de la sociedad, de forma tal que luego de ellos no puede haber otra nueva instancia de revisión y la *cosa juzgada* adquiere un valor esencial. Como señala Sánchez Morón, los jueces al final solo quedan sujetos al control difuso de la opinión pública (1995, p. 15).

En la medida que esa condición de cierre rebasa los conflictos entre particulares y se extiende, dentro del juego de frenos y contrapesos, a los actos de los demás órganos del Estado, surge formalmente un incalculable poder en los jueces. En un juego de poderes entre diversos detentadores, la adquisición de poder por uno de ellos representa una posición de debilidad para los demás. Hay que considerar, sin embargo, que la actuación de los jueces dentro de un Estado de Derecho —cuando obran como controladores del Legislativo (control constitucional) y de la Administración (control contencioso administrati-

vo)— representan la garantía del principio de legalidad, revisando que las decisiones públicas se ajusten al ordenamiento jurídico (Duverger, 1988, p. 158). En tal sentido, el referido control no solo está justificado sino que es necesario, pues el poder sin restricciones es inaceptable en un Estado de Derecho.

La crítica no está entonces en la existencia misma del control judicial, sino en el riesgo de que los jueces no tengan un sistema de contrapeso efectivo y —en tal sentido, como señala Duverger— no se limiten a aplicar los textos constitucionales y se conviertan en “verdaderos legisladores” (1998, p. 176), creando nuevas normas jurídicas o bien tiendan a sustituir las decisiones técnicas y de oportunidad de la Administración, con lo que incurren en exceso de jurisdicción (Sánchez Morón, 1995, p. 24).

En tal sentido, el llamado de Kalmanovitz para que la jurisdicción constitucional se autoimponga límites (2000, p. 21), *self-restraint*, ha sido canalizado en Europa a través de la fortaleza del contrapeso parlamentario, pues los jueces solo tenderán a restringirse en la medida que perciban el temor de poner en riesgo su propia existencia (Fernández, 1991, p. 19), lo cual podría suceder a través de la facultad reformativa constitucional y del poder de delimitación del marco de actuación de los demás poderes estatales en cabeza del Congreso.

En una Constitución, sobre todo en materia económica, existen cláusulas de mandato, que imponen una obligación de intervención del Estado, y cláusulas de habilitación, que otorgan simplemente potestades y facultades de actuación pública, pero que no obligan a ella. (Aragón Reyes, 1995, p. 8). En la medida que la Constitución no consagra un modelo económico definido, sino que excluye sistemas extremos —permitiendo el movimiento de los poderes constituidos dentro de ese marco— la elección de los medios para hacer efectivos los mandatos y la opción de utilizar las habilitaciones constitucionales, son tareas que corresponderán en primer lugar al Legislativo, quien normalmente solo fija los marcos generales de actuación; y en segundo lugar, al Ejecutivo quien los concreta y realiza; en tal elección de oportunidad, de medios y de ejecución, se refleja la existencia de una real alternación del poder, en la que los nuevos mandatarios populares pueden desarrollar un programa y una ideología política diferente.

Por ello, más que la aplicación de criterios conservadores por la jurisdicción constitucional al modificar las reglas y procedimientos económicos como propone Clavijo, se impone otras de sus afirmaciones: en la medida que la escogencia de las alternativas en materia económica conlleva un juicio valorativo entre costos y beneficios, su elección corresponde “a los elegidos en el proceso democrático” (2001, p. 40) y en general, a los detentadores de poder público, provengan o no de elecciones populares, que han sido legitimados por el ordenamiento constitucional para cumplir tales funciones.

García de Enterría (1997) hace una disertación muy detenida sobre la ausencia de base real que permita sostener que el sistema electoral legitimaría en mejor forma la ausencia de controles de fondo sobre las decisiones discrecionales de los funcionarios técnicos de la Administración, cuyo reclutamiento se hace por el sistema de méritos y capacidad profesional, esencialmente. En tal medida, la imagen proyectada a partir de las críticas de Stiglitz referidas por Kalmanovitz (2000) —que permitirían pensar en una autonomía del Banco Central más legítima a partir de funcionarios nombrados en forma democrática— aparece como una mera ilusión y no aportaría nada nuevo al asunto.

Incluso, el nombramiento democrático de los funcionarios del Banco Central sería contradictorio para su autonomía, por la presión política y el compromiso con el electorado; por lo que parece más acertado concluir, a partir de las aproximaciones de Thury Cornejo, que por la complejidad de las decisiones que le corresponden y la cualificación requerida para el ejercicio del cargo, su legitimidad se logra a partir de la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los intereses generales encomendados.

Es por ello que las críticas a la ausencia de sustento democrático en los directorios o juntas de los Bancos Centrales, desconocen precisamente que, dentro de la evolución de los Estados Modernos, constituye un terreno ganado al clientelismo político —en una lucha que ha sido lenta y muy resistida— haber logrado profesionalizar gran parte de las tareas de la Administración, a partir de funcionarios técnicos alejados de las presiones políticas derivadas de los procesos electorales. La estabilización e independencia de los funcionarios administrativos en busca de una Administración moderna y téc-

nica, más que política, constituye una tendencia generalizada que “marca el afianzamiento de una Administración tecnificada y valiosa, volcada al servicio público y no de los intereses del partido”. (García de Enterría, 1997, p. 115).

Así las cosas, frente a la ponderación de medios y de fines que permiten las Constituciones Políticas a los poderes constituidos para ello —que no es solo política, sino técnica y económica<sup>8</sup>— se impone un control judicial negativo y nunca positivo, esto es, de exclusión de las normas contrarias al ordenamiento, pero no de producción de normas por parte del juez. Como dice Martín-Retortillo Baquer, resulta cuestionable que “los Tribunales de Justicia de cualquier orden puedan sustituir esas valoraciones eminentemente políticas que supone la concreción de muchas de las cláusulas económicas recogidas en la Constitución”; por lo que más allá de la comprobación por parte del juez de los procedimientos de expedición de las normas y del respeto de los mínimos constitucionales “en modo alguno podrán pronunciarse sobre su bondad o conveniencia”. (1991, p. 82 y 83).

Esta no muy pacífica discusión, sobre el alcance de las potestades judiciales de revisión de las leyes por la jurisdicción constitucional, ha tenido un desarrollo paralelo bastante significativo en lo que se refiere al control de los jueces sobre los *actos discrecionales* de la Administración; esto resulta de vital importancia en este estudio, en la medida que las decisiones de autoridad monetaria del Banco Central revisten un alto componente de discrecionalidad y están sujetas a las acciones de nulidad ante la jurisdicción contenciosa. ¿Hasta dónde habrá de llegar ese control judicial? Al quedar el Banco Central expuesto al control judicial, como cualquier otra autoridad pública, es necesario encontrar el verdadero alcance de dicha función de revisión judicial, pues así como aquel no puede ser dependiente del Legislativo y del Ejecutivo para la consecución de sus fines, tampoco ha de quedar sujeto a instrucciones o indicaciones de los jueces sobre el manejo que debe darle a los instrumentos de política monetaria, ni sobre la dirección que esta debe tener.

<sup>8</sup> “Dicho de otra manera, la existencia de restricciones presupuestales impone, de una parte, el principio de optimización del uso de los recursos públicos y, de otra parte, el reconocimiento de la ‘modulación’ en el tiempo para el logro de estos objetivos.” (Clavijo, 2000, p. 10).

La imposibilidad de que exista una regla monetaria bajo la cual el Banco Central actúe como un simple dispensador automático de soluciones previamente determinadas (Rollinat, p. 116) hace que aquel deba contar con la capacidad de: i) Seleccionar los objetivos de política monetaria; ii) La capacidad de usar sin restricciones los instrumentos de política monetaria. (Alesina y Summer, 1993, p.161; Rubli Kaiser, 1997, p. 58).

Por cuanto la discrecionalidad surge cuando "el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que es de interés general"<sup>9</sup>, la discrecionalidad del Banco Central se da en el momento que la Constitución y la Ley le brindan la función de utilizar su arbitrio —su criterio técnico— para decidir dentro de una serie de instrumentos de política monetaria, si los mismos deben utilizarse, su momento y la forma de hacerlo, lejos de las influencias del poder político. El Banco Central reúne así, las dos especies clásicas de discrecionalidad: de iniciativa, que le permiten decidir si actúa o se abstiene de hacerlo<sup>10</sup> y de configuración, en cuanto que una vez tomada la decisión de actuar le permite graduarla (por ejemplo, el nivel de encaje, el límite al crecimiento de cartera, etcétera).

Este tipo de decisiones que se sustentan en un detenido análisis técnico especializado y están rodeadas de un componente de oportunidad, no puede estar previamente detallado por el Derecho y en tal medida este sólo demarca un espacio general de actuación, que constituye el marco de legalidad de la decisión, dentro del que se reconoce el arbitrio de un funcionario profesional y especializado a quien, por sus calidades para ejercer el cargo, se considera con los conocimientos necesarios para apreciar la decisión más conveniente al interés general.

Los actos discrecionales, dice Sánchez Morón, son decisiones "que no son jurídicas o que no se mueven por

parámetros de Derecho"<sup>11</sup> (1995, p. 31) al corresponder a "los elementos de oportunidad y a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la Administración y que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de normas jurídicas" (1995, p. 91); de donde se desprende que su control judicial deba ser limitado, "pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier otra forma, no jurídicos de la decisión, sin exceder la esfera de funciones que tiene atribuida" (1995, p. 92).

Y tal discrecionalidad es propia de las intervenciones y regulaciones económicas "en los que la jurisprudencia ha venido limitando habitualmente los poderes de revisión a la simple verificación de la realidad externa o formal de las decisiones administrativas por entender que de otro modo, invadiría competencias que privativamente corresponden a la Administración" (Fernández, 1991, p. 75).<sup>12</sup>

La discrecionalidad refleja la complejidad de las relaciones a las que se deben enfrentar los Estados Modernos que por lo mismo no siempre pueden actuar mediante potestades completamente regladas y requieren —a partir de la misma ley y dentro del marco que esta señale— un margen de apreciación suficiente para garantizar la eficiencia y eficacia de la gestión pública, lugar donde la Administración de hoy, formada por profesionales técnicos no elegidos de manera democrática, alcanza su legitimidad. (Thury Cornejo, 1999).

El manejo de la política monetaria requiere de un espacio mínimo de discrecionalidad administrativa (Sánchez Morón, 1995, p. 113) y por ello no es aventurado afirmar que dentro del marco constitucional y legal, en que ella se enmarca, se ha creado una especie de "reserva de discrecionalidad" a favor del Banco Central que, haciendo extensivas las palabras de Beltrán de Felipe, constituye "un margen de independencia o autodeterminación de la Administración frente a los poderes Legislativo y Judicial." (1995, p. 35). El Banco Central consti-

<sup>9</sup> Exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España. En Colombia, aun cuando la legislación no define este concepto, el Código Contencioso Administrativo señala que, en los casos de discrecionalidad administrativa, la decisión deberá ser adecuada a sus fines y proporcional a los hechos que la originan (Artículo 36).

<sup>10</sup> Caracterizada por una cláusula general de apoderamiento a partir del tiempo verbal "podrá", la cual aparece en el caso del Banco de la República de Colombia (Artículo 16 de la Ley 31 de 1992).

<sup>11</sup> Según Davis "Where law ends, discretion begins". (Citado por Beltrán de Felipe, 1995, p. 30)

<sup>12</sup> Aun cuando debe advertirse que este autor se ubica, junto con García de Enterría, en la escuela doctrinaria que defiende un control más estricto y profundo de los jueces.

tuye así el ejemplo por antonomasia de la "discrecionalidad técnica".

Así, la determinación de niveles de encaje para los establecimientos de crédito, la facultad de poner límites a las tasas de interés, la necesidad de realizar operaciones de mercado abierto o de intervenir en el mercado cambiario, son decisiones cuya oportunidad y alcance deben estar libremente determinadas por el Banco Central y frente a las cuales, la revisión judicial —más allá de los elementos reglados en la ley (competencia del órgano, existencia —no valoración— de los hechos determinantes, condiciones de tiempo, etcétera)— es del todo limitada y débil a favor del arbitrio y experiencia confiada a los expertos nombrados en dicho organismo, respetando su posición constitucional.

Incluso García de Enterría, quien ha defendido los controles fuertes del juez sobre la Administración y se ha pronunciado contra la deferencia judicial ante los actos discrecionales, concluye que el control judicial de la discrecionalidad "ni es abrir una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración, ni supone un desconocimiento de la función política que, dentro del conjunto constitucional de poderes, corresponde a esta" (1997, p. 151).

Las facultades discrecionales técnicas, entre las que no es difícil ubicar las otorgadas al Banco Central, tienen así un componente normativo que establece el marco dentro del cual es permitido actuar a la autoridad (órgano competente, elementos de forma, límites en tiempo o forma del acto, etcétera); y otro de arbitrio, en el que se confía a ella —en base a su conocimiento, formación y capacidad técnica— la posibilidad de evaluar qué es lo más conveniente o adecuado para el interés general que le corresponde tutelar. Mientras que en el primer componente se señalan los límites de la discrecionalidad y las condiciones legales para su ejercicio; en el segundo se ubica la valoración técnica permitida a los funcionarios administrativos en virtud de las calidades profesionales que con anterioridad les ha exigido la ley para ocupar el cargo.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Dworkin es contundente con una comparación coloquial y elemental cuando dice: "La discreción, como el agujero de una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea." (1984, p. 84). El juez debe controlar ese marco jurídico, pero no suplantar el fondo técnico de la decisión.

La revisión judicial en las decisiones discrecionales conlleva, entonces, un control estricto y profundo de confrontación del acto con el ordenamiento jurídico en aquel componente normativo del mismo (juez de legalidad), pero es débil en su parte técnica en cuanto se debe privilegiar el conocimiento y arbitrio de la autoridad administrativa, salvo que ella comporte una decisión abiertamente irracional, arbitraria o contraria a principios generales de Derecho (no un juez de oportunidad). Lo contrario, evidenciaría un injustificado y protagónico activismo judicial, en el que las decisiones fundamentales de orden económico, político, ambiental, etc. para el desarrollo del Estado, se trasladarían de la Administración a los jueces.

No resultaría posible por ley, ni técnica o científicamente adecuado, que más allá de la revisión de la juridicidad del acto, la acción judicial se extendiera al aspecto técnico de este; pues por dicha vía solo habría un desplazamiento de la decisión discrecional desde la Administración hacia el juez (Sánchez Morón, 1995, p. 15), cuya indiscutible legitimidad para decidir en lo normativo, quedaría en duda frente a los aspectos de oportunidad, conveniencia, necesidad y, sobre todo, de certeza científica.

Por ello, sin perjuicio de los filtros históricos y de estructuras del sistema jurídico, se impone una solución similar a la adoptada por un muy importante sector de la doctrina americana en relación con la potestad discrecional de las Agencias, figura que, como ya se dijo, es muy similar a la estructura de los Bancos Centrales, en cuanto a que la revisión judicial (*judicial review*) de la misma, parte de un principio de autocontrol judicial (*self-restraint*) bajo el reconocimiento de "la capacidad científica y técnica (*expertise*) de las Agencias, a la que los jueces se remiten habitualmente (*judicial deference*)" (Sánchez Morón, 1995, p. 77).<sup>14</sup>

De esta forma, dentro del marco legal en que el Banco Central desarrolla sus funciones de autoridad monetaria cambiaria y crediticia, a él le corresponde la valoración de las circunstancias complejas y cambiantes de la

<sup>14</sup> Tanto en la obra de este autor como en la de García de Enterría (1997) aparece un detallado análisis de legislación y jurisprudencia comparada de Europa y Estados Unidos, en las que se evidencia la homogeneidad de soluciones, a partir de diversas técnicas, si bien García de Enterría tiene algunas reservas ante ellas.

realidad económica del país, para decidir técnicamente lo que más se adecue al interés general, asignado por la Constitución (estabilidad de precios). El carácter *opinable* de la política monetaria y de las diversas soluciones —posibles de adoptar en materia de los instrumentos y fines (Hoggart, 1996)— conlleva, dentro del sistema constitucional de reparto de competencias, a que la aproximación científica y técnica válida ante las situaciones de la realidad económica —dentro de los límites impuestos por la ley— es la de los tecnócratas del Banco Central y no otra.

No es la idea general y difusa de la opinión pública, ni la del Gobierno, ni la aproximación a la que puedan llegar los jueces a partir de conceptos de expertos —los cuales carecen de toda legitimidad para que sus opiniones definan el asunto— sino de manera exclusiva la de los funcionarios designados legítimamente para ello a través de los procedimientos previstos en el propio ordenamiento jurídico, quienes han señalado las calidades profesionales y morales que para tal efecto deben tener los respectivos funcionarios. Si el Banco Central respeta el marco legal de sus competencias y su decisión de oportunidad y conveniencia técnica no es arbitraria, ni viola principios generales de Derecho (buena fe, abuso o desviación de poder), es esa la decisión querida por el ordenamiento constitucional como válida y legítima.

Ese carácter opinable de las decisiones técnicas y económicas no permite, entonces, “sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros distintos técnicos” o, de lo contrario, “se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces” (Sánchez Morón, 1995, p. 129) o, en últimas, a los expertos consultados, no integrantes de los poderes constituidos, cuya independencia e imparcialidad además no está garantizada ni protegida. Por ello, como en el Derecho Americano, no basta que las pruebas practicadas permitan ver que existe una conclusión distinta, sino que ellas deben compeler forzosa y evidentemente a esta, por lo que ha de darse deferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, “siempre que no sea abiertamente irrazonable” (García de Enterría, 1997, p. 191).

De esta forma, contrario a lo opinado por Fernández (1991), no parece adecuado que la autoridad judicial

pueda sustituir a la Administración en el aspecto no jurídico de sus decisiones discrecionales y, por ende, como ya se dijo, su control ha de ser negativo; es decir, limitado a la declaración de la nulidad del acto por violación de los aspectos legales del mismo, sin atribuirse la función de dictar uno nuevo en su lugar. Piénsese qué pasaría si el Banco Central fijara límites a las tasas de interés por un tiempo definido, con base en unas determinadas razones fácticas y, al ser sometido el acto en cuestión a la revisión de la jurisdicción contenciosa, dicho acto pudiere degenerar —a partir de la decisión del juez y con base en la consulta de terceros— en una limitación más o menos amplia de los intereses o una modificación en el tiempo, de aquello querido por dicho Banco. ¿Sería ello válido y razonable? Es evidente que por mayor cualificación que tuvieren los expertos y por mayor nivel de comprensión de los jueces, ni unos ni otros son los llamados a tomar una decisión de política monetaria de esa naturaleza.

Lo que sí resulta común, es lo relativo a la necesaria motivación de los actos discrecionales (Fernández 1991, Parejo Alfonso 1994). Sin embargo, en el caso del Banco Central, parece aplicarse lo señalado por Beltrán de Felipe en el sentido de que existen decisiones no motivables o difícilmente motivables, o también cuya motivación puede no afectar a su validez, por lo que dicho requisito de la motivación vienen a suplirlo los antecedentes del asunto, como en el caso del Banco sucedería con las actas, documentos e informes técnicos de estudio con base en los cuales se expide el acto.

En un reciente editorial de la revista del Banco Central de Colombia, su Gerente explica precisamente “el proceso de toma de decisiones para las políticas monetaria y cambiaria”, concluyendo que, “la anterior descripción muestra hasta qué punto influyen los aspectos técnicos y los análisis efectuados por los profesionales del Banco en las decisiones de las políticas monetaria y cambiaria. La labor de los directores, incluyendo al Ministro de Hacienda, es asegurar que los análisis técnicos sean lo más objetivos posible y que no reflejen posiciones ideológicas o una falta de realismo sobre la situación de la economía”<sup>15</sup> (Urrutia, 2001, p. 13).

<sup>15</sup> Existe otro inconveniente del control judicial de oportunidad advertido por Sánchez Morón, en cuanto a la imposibilidad de reproducir en un proceso judicial la totalidad de circunstancias tenidas en cuenta por la autoridad, más aún cuando aquel se realiza con un desfase de tiempo frente al momento en que se tomó la decisión.

No en vano, recordando además las críticas a los excesos de la jurisdicción constitucional, es pertinente señalar que el activismo judicial conlleva en el fondo “que el control judicial se realiza con criterios no jurídicos, sino económicos, sociales o técnicos, disfrazados de razonamientos y consideraciones jurídicas”, por lo que, al ser el juez la autoridad de cierre del sistema, “crea la regla de derecho casuística, lo que genera inseguridad” (Sánchez Morón, 1995, p. 32). Dworkin (1984) en su profunda crítica al positivismo jurídico —que intenta reducir todos los aspectos de la vida a lo legal y, sobre todo, a un concepto de la norma como ley “formal” y rígida que se imponen, sin razón teleológica alguna, a los hombres— advierte muy bien sobre este riesgo del juez creador de sus propias reglas jurídicas en sus fallos, al amparo de nociones de discrecionalidad judicial, pues ello supondría una completa inseguridad jurídica en la medida que las personas no podrían confiar en que una decisión judicial corresponderá a la ratificación del orden normativo y de sus principios, sino que quedará expuesta a la regla que para el caso concreto haya de crear el juez.<sup>16</sup>

De esta forma no es difícil afirmar con certeza que el autocontrol judicial y el respeto de los jueces a la valoración técnica que dentro del marco legal corresponda hacer al Banco Central, garantizarán la objetividad y autonomía que este debe tener para cumplir con su objetivo constitucional, de manera tal que será la efectividad y eficacia de la gestión las que confirmen la legitimidad que tiene a partir del reconocimiento que ha hecho el propio ordenamiento jurídico de la importancia de su función.

## Conclusiones

Los paradigmas reflejan, como señala Nieto siguiendo a Khun (2000, 23), el conjunto de conocimientos compartidos por una comunidad científica, bien porque el grupo de personas que la componen se ha formado de igual manera, bien porque están haciendo lo mismo; dicho de otro modo, son las creencias científicas aceptadas en un momento dado, como puntos de partida de la construcción de los sistemas. Pero como señala el mismo autor, los paradigmas dominantes nunca pueden asegu-

rarse una supervivencia indefinida, pues los defensores de nuevos y diferentes paradigmas siempre intentarán que sean los suyos los reconocidos.

Verdad esta que en el Derecho Público luce más evidente. Por una parte, porque al estudiar las relaciones de poder en un momento dado, el Derecho Público simplemente refleja la forma en que se establecen las relaciones del mismo entre sus detentadores y quienes están sujetos a él; por ello, un cambio en la distribución y equilibrio de poder se impondrá y reflejará en esas reglas. Por otra parte, porque como consecuencia de lo anterior, el Derecho Público, y aún más, el Derecho Administrativo, de las organizaciones estatales, no es un Derecho de “esencias” o figuras intocables que no permitan su reforma, ya que (por el contrario) tales organizaciones cambian de forma y se acomodan a las necesidades de poder subyacentes.

Por tales razones, nuestros tres paradigmas —uno fundamental (la estabilidad de precios como fin superior del Estado) y dos consecuentes (autonomía del Banco Central para lograr el fin y **no intervención** de los jueces en las decisiones de oportunidad de la autoridad monetaria)— no tienen per se garantizada la supervivencia y, por lo tanto, su defensa fáctica y jurídica es una necesidad; más aún cuando en los países en vía de desarrollo las recientes crisis afectan la credibilidad y estabilidad de los bancos centrales. Como recuerda Rubli Kaiser, no es lo mismo hablar de autonomía del Banco Central en países en crisis, que en países con plena o relativa estabilidad económica y, por lo mismo, la defensa de la institución es aún más importante y difícil en los primeros.

Si bien es más importante la autonomía formal que la real, sin duda un marco jurídico fuerte y consistente permitirá defender mejor y con mayor contundencia la necesidad de contar con un Banco Central autónomo, sujeto a la legalidad, pero con arbitrio técnico monetario para interpretar lo que favorece al interés general del Estado para preservar la estabilidad de precios.

De acuerdo con estas consideraciones y limitaciones, mis conclusiones básicas —luego de este documento— son las siguientes:

1. La estabilidad de precios constituye una decisión política fundamental de los Estados contemporáneos,

<sup>16</sup> Una opinión diferente podrá encontrarse en la reciente obra de Alejandro Nieto *El arbitrio judicial* (2000), en la que propone el reconocimiento de lo que llama un paradigma del Derecho contemporáneo: la discrecionalidad de los jueces en sus fallos.

cuya realización requiere de una autonomía real de la autoridad designada para lograr dicho fin. La modificación de esa decisión política solo podrá hacerse mediante otra decisión fundamental del mismo rango.

2. El Banco Central es la entidad escogida para el desarrollo y cumplimiento de la decisión fundamental de estabilidad de precios, para cuyo efecto el ordenamiento jurídico: i) Lo desliga de los controles de tutela del Ejecutivo y, en general, lo dota de plena autonomía de las influencias políticas; ii) Le reconoce capacidad técnica exclusiva para la determinación de los instrumentos de política monetaria, así como de la oportunidad para su utilización.
3. La independencia del Banco Central, respecto del ejecutivo, conlleva normalmente un aumento de los controles políticos del Congreso, que de suyo lo hacen más cercano a los debates y al control de la opinión pública.
4. El Banco Central está sujeto al bloque de legalidad como cualquier otra autoridad pública. Sin embargo, dentro de dicho principio es imprescindible que la autoridad monetaria tenga pleno reconocimiento de su arbitrio técnico, de forma tal que sobre el mismo no haya influencias indebidas de ninguna otra autoridad, ni siquiera de la judicial.
5. Los jueces no deben pronunciarse sobre los aspectos de discrecionalidad técnica del Banco Central, ni siquiera con el apoyo de técnicos especializados, pues ello conllevaría desplazar el arbitrio que le ha sido reservado en la Constitución. Mientras que la autonomía, en la forma entendida por la doctrina económica, le otorga independencia al Banco Central del Ejecutivo, la discrecionalidad técnica hace lo mismo en relación con las indebidas injerencias de las autoridades judiciales.
6. El carácter opinable de las decisiones de política monetaria, no es una excusa válida que permita a los jueces sustituir la decisión técnica del Banco Central.
7. La confianza de los pueblos en las decisiones de oportunidad y conveniencia de los miembros de las

Juntas o Directorios del Banco Central, exige que los mismos deban tener los más altos estándares de preparación, idoneidad y capacidad profesional y que, al mismo tiempo, exista un muy fuerte régimen de inhabilidades e incompatibilidades que los pueda alejar de la tentación de obtener favores electorales una vez vencido su periodo.

### Bibliografía

- Aglietta, Michel. *Orden Monetario y Bancos Centrales*. En: Cuadernos de Economía, Volumen XV, Número 24, primer semestre, Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- Alesina, Alberto; y Summers, Laurence. *Autonomía del Banco Central y desempeño macroeconómico: evidencia comparativa*. En: Boletín CEMLA, julio-agosto, 1993.
- Aragón Reyes, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*. Madrid, McGraw-Hill, Estudios Ciencias Jurídicas, 1995.
- Ariño, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid, Marcial Pons, IDELCO, 1995.
- Banco de Francia. *Organización y funcionamiento del Banco Federal Alemán*. Boletín CEMLA, marzo-abril, 1993.
- Beltrán de Felipe, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1995.
- Bianchi, Andrés. *Principios generales de la independencia del Banco Central*. En: *Testimonios sobre la actuación de la banca central*. CEMLA, Edición del 40 aniversario, 1994, p. 3-38.
- Bodenheimer, Édgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, Undécima reimpresión, 1989.
- Caballero Sierra, Gaspar. *El control administrativo: la jerarquía y la tutela*. En: *La protección jurídica de los administrados*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1980.

- Cargill, Thomas. *La asociación estadística entre inflación e independencia del Banco Central*. En: Cuadernos de Economía, Volumen XV, Número 24, primer semestre. Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- Casado, Juan Carlos; y otros. *La regulación financiera española desde la adhesión a la Unión Europea*. Banco de España, Servicio de Estudios, Documento de Trabajo No. 9510, 1995.
- Clavijo, Sergio. *Fallos y fallas económicas de la Corte Constitucional. El caso de Colombia*. En: Borradores de Economía, No. 173, 2001.
- Cornejo Thury, Valentín. *Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación*. En: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, No. 3, mayo de 1999.
- Cukierman, Alex. *Central Bank independence and monetary control*. En: The Economic Journal, Nov. 1994, páginas: 1437 a 1447.
- Cukierman, Alex; Webb, Steven; y Neyapti, Billin. *Measuring the Independence of Central Banks and its effects on policy outcomes*. En: The World Bank Economic Review, Vol. 6, No. 3, septiembre, 1992, pp: 353-398.
- Diz, Adolfo. *La reestructuración de los sistemas financieros en América Latina*. En: *Reformas y reestructuración de los sistemas financieros en América Latina*. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1996, pp: 59-99.
- Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1988.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, Barcelona, 1984.
- Fernández, Tomás Ramón. *La organización administrativa y el control del sector público industrial en España*. En: *La empresa pública*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970.
- Fernández, Tomás Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas, Madrid, 1991.
- Fernández, Roque. *Características de la Banca Central moderna*. En: *Testimonios sobre la actuación de la Banca Central*. CEMLA, Edición del 40 aniversario, 1994, pp: 39-71.
- Freixas, Javier; y Rochet, Jean-Charles. *Economía bancaria*. Madrid, BBV, 1997.
- García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 2V., Cuarta Edición, Madrid, Civitas, 1993.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1983.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Tercera edición ampliada, Madrid, 1997.
- Hoggart, Glenn. *Introducción a la política monetaria*. Ensayos, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos (CEMLA), México, D. F., 1997.
- Kalmanovitz, Salomón. *Consecuencias económicas de la Corte Constitucional*. En: *Consigna*, Edición 466, IV Trimestre, 2000. Páginas: 16 a 23.
- Kalmanovitz, Salomón. *La independencia del Banco Central y la democracia en América Latina*. En: *Revista del Banco de la República*, No. 875, septiembre de 2000. Páginas: 33-51.
- Labaudère, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá, Temis, 1984.
- Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1983.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid, La Ley, reimpresión, 2V., 1991.
- Martínez López-Muñiz, José Luis. *Introducción al Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid, 1986.
- Merkl, Adolfo. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Editora Nacional, México.

Montenegro, Álvaro. *Implicaciones económicas de las decisiones de la Corte Constitucional*. En: Revista Javeriana, mayo de 1999, pp: 255-262.

Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Ariel Derecho, 2000.

Parejo Luciano, Alfonso; Ortega Álvarez, Luis; y otros. *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona, Tercera Edición, Ariel S.A., 1994.

Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela, traducción de la Novena Edición, Caracas, 1984.

Rollinat, Robert. *Autonomía de la Banca Central en Europa y América Latina: análisis de diferencias y aplicaciones*. En: Cuadernos de Economía, Volumen XV, Número 24, primer semestre de 1996.

Rosende, Francisco. *La autonomía del Banco Central una vez más*. En: Cuadernos de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 34, abril de 1997, No. 101, pp: 1- 23.

Rubli Kaiser, Federico. *La autonomía de la Banca Central*. En: revista Banca Central, Sexto Ciclo de Jornadas Económicas, Guatemala, 1997, pp: 57-64.

Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos, Madrid, 1995.

Steiner, Roberto. *La autonomía del Banco de la República. Economía Política de la Reforma*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1995.

Urrutia, Miguel. *Proceso de toma de decisiones para las políticas monetaria y cambiaria*. En: Revista del Banco de la República, Bogotá, Vol. LXXIV, No. 888, octubre de 2001, pp: 5-13.

Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid, Aguilar, Primera Edición, 1980.

Vidal Perdomo, Jaime. *El control político en el sistema constitucional colombiano*. En: *La protección jurídica de los administrados*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1980.

Zunzunegui, Fernando. *Derecho del mercado financiero*. Madrid, Marcial Pons, 1997.