

EL § 54A DE LA LEY DE CRÉDITO. LEY BANCARIA – KWG ALEMANA (GESETZ ÜBER DAS KREDITWESEN. KREDITWESENGESETZ – KWG) Y LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

por **SEBASTIÁN ALBERTO DONNA**¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las teorías de la pena. 1. Teorías absolutas. 2. Las teorías relativas. 3. Prevención especial. 4. Prevención general. 5. Prevención general negativa. 6. Prevención general positiva. 7. Teoría de la unión. III. El proyecto de reforma de Ley de la KWG. IV. Análisis de los §§ 25 y 54a. V. El § 54a y su interpretación en la teoría de la pena. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

Resumen

Este artículo es un resumen con modificaciones de una investigación que realicé en los meses de enero y febrero de 2019 en Alemania como *Gastwissenschaftler* en la Georg-August Universität Göttingen, Institut für Kriminalwissenschaften, *CEDPAL*.

El artículo analiza el § 54a de la KWG desde las teorías de la pena, llegando a la conclusión de que el mismo fue pensado desde la idea de la prevención general negativa y así lograr la finalidad que esta teoría propone, para ello se realiza un repaso de las teorías de la pena, del proyecto de reforma de la Ley KWG, para luego analizar los §§ 25 y 54a de la ley y finalmente el análisis de la pena en el párrafo a estudio.

¹ Doctorando, UBA (tesis presentada); Magíster en Derecho y Economía, UBA; abogado, UBA; Gastwissenschaftler Georg-August Universität Göttingen. Institut für Kriminalwissenschaften (Alemania); docente, UBA; Doctorando, Universidad de Salamanca (España, en curso); Maestría en Economía Aplicada, Universidad Torcuato Di Tella (en curso).

Abstract

This article is a summary with some modifications of a research I conducted in January and February 2019 in Germany as *Gastwissenschaftler* at the Georg-August University Göttingen, Institut für Kriminalwissenschaften, CEDPAL.

The article analyzes § 54a of the KWG from the point of view of the theories of punishment, reaching the conclusion that it was thought of from the idea of general negative prevention and thus achieve the purpose that this theory proposes. To do this, a review of the theories of punishment, of the draft reform of the KWG, is carried out, to then analyze §§ 25 and 54a of the Law and finally the analysis of punishment in the paragraph under study.

Palabras clave

Derecho Penal. Bancario. KWG, § 54a. Bank, Strafrecht. Teorías de la pena.

Keywords

Criminal Law. Banking. KWG, § 54a. Theories of punishment.

I. Introducción

Este artículo es un resumen con algunas modificaciones de una investigación que realicé en los meses de enero y febrero de 2019 en Alemania como *Gastwissenschaftler* en la Georg-August Universität Göttingen, Institut für Kriminalwissenschaften, CEDPAL.

La crisis de 2008, período en el que se puso de relieve la vulnerabilidad del sistema financiero mundial (posiblemente desarrollada a lo largo de los años) que es cuando se produce el desplome de la burbuja inmobiliaria, nutrida del aumento desproporcionado de los activos inmobiliarios y préstamos hipotecarios, el endeudamiento de las familias y el crecimiento de las transacciones opacas².

² GÓMEZ INIESTA, Diego, *La responsabilidad penal de las agencias de calificaciones crediticias*, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, B de F, Madrid, 2014, ps. 658/659.

Para el profesor Feijoo Sánchez, dicha crisis económica ha evidenciado la importancia del correcto funcionamiento de los mercados de valores e instrumentos financieros en un sistema económico caracterizado por su financiarización o financialización que no cabe duda de que ha otorgado el protagonismo de la globalización económica a los mercados financieros y a los operadores altamente profesionalizados que los dominan. El debate político-criminal parece haberse quedado estancado, en todo caso, en la determinación de las conductas de abuso de mercado y de los responsables de sociedades emisoras que deben ser criminalizadas³.

Esto ha generado que las sociedades busquen culpables penales de las crisis, entendiéndose que los banqueros o quienes invierten en las bolsas de valores en la búsqueda de un beneficio personal han llevado al colapso del sistema económico-financiero.

El resultado de la última crisis (2007) llevó a tratar de condenar a banqueros o gerentes de sociedades financieras por el comportamiento económico, el resultado fue que no había un tipo penal que pudiera aplicarse a dichas conductas. Toda vez que cuando se intentó imputar por administración fraudulenta (§ 266⁴), la conducta no cumplía los requisitos necesarios del tipo, lo mismo ocurrió cuando en Alemania en algunos casos se intentó una imputación por la vía del § 283⁵ del StGB (*Bankrott*) que tampoco pudo ser aplicada.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Derecho Penal español frente a fraudes bursátiles transnacionales. ¿Protege el Derecho Penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?*, en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico* cit., p. 852.

⁴ § 266 Untreue. (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.

⁵ § 283 Bankrott. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit, 1. Bestandteile seines Vermögens, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, beiseite schafft oder verheimlicht oder in

Incluso si se realiza un análisis de los tipos penales, ya sea por acción u omisión, resulta muy difícil imputar al banquero o a los órganos superiores por las consecuencias económicas de sus actos en el sistema económico-financiero.

Otro tema que ha sumado a la idea del § 54a de la KWG es el de que los bancos poseen un seguro implícito conocido como *Too big to fail*, o demasiado grande para caer, que es aplicado por los gobiernos en caso de que caiga el sistema financiero; en el supuesto particular de

einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht, 2. in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise Verlust- oder Spekulationsgeschäfte oder Differenzgeschäfte mit Waren oder Wertpapieren eingeht oder durch unwirtschaftliche Ausgaben, Spiel oder Wette übermäßige Beträge verbraucht oder schuldig wird, 3. Waren oder Wertpapiere auf Kredit beschafft und sie oder die aus diesen Waren hergestellten Sachen erheblich unter ihrem Wert in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst abgibt, 4. Rechte anderer vortäuscht oder erdichtete Rechte anerkennt, 5. Handelsbücher, zu deren Führung er gesetzlich verpflichtet ist, zu führen unterläßt oder so führt oder verändert, daß die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird, 6. Handelsbücher oder sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung ein Kaufmann nach Handelsrecht verpflichtet ist, vor Ablauf der für Buchführungspflichtige bestehenden Aufbewahrungsfristen beiseite schafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert, 7. entgegen dem Handelsrecht, a) Bilanzen so aufstellt, daß die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird, oder b) es unterläßt, die Bilanz seines Vermögens oder das Inventar in der vorgeschriebenen Zeit aufzustellen, oder, 8. in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert. (2) Ebenso wird bestraft, wer durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Handlungen seine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt. (3) Der Versuch ist strafbar. (4) Wer in den Fällen 1. des Absatzes 1 die Überschuldung oder die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit fahrlässig nicht kennt oder 2. des Absatzes 2 die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit leichtfertig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (5) Wer in den Fällen 1. des Absatzes 1 Nr. 2, 5 oder 7 fahrlässig handelt und die Überschuldung oder die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit wenigstens fahrlässig nicht kennt oder 2. des Absatzes 2 in Verbindung mit Absatz 1 Nr. 2, 5 oder 7 fahrlässig handelt und die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit wenigstens leichtfertig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (6) Die Tat ist nur dann strafbar, wenn der Täter seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.

la quiebra de un banco se aplica lo que se conoce como *seguros de depósitos* (seguro explícito), ha sido demostrado en trabajos empíricos que dichos seguros incrementan el incentivo a que los bancos tomen acciones más riesgosas en el mercado, toda vez que el Estado saldrá a salvarlos⁶.

Así las cosas, se entiende que sus costos son bajos en relación con la sanción que se le pudiera aplicar si sus actos generan un costo tal en la sociedad que destruya el capital social de la misma.

Por tanto, Alemania sanciona el § 54a de la KWG; este tipo penal permite, por un lado, ampliar la capacidad de imputabilidad del banquero, y por el otro, que la pena cumpla correctamente la función de incentivar a que el banquero incorpore en su cálculo costo-beneficio el daño social de sus acciones. De no ser así, el banquero continúa teniendo más beneficios en no cooperar con el sistema que de hacerlo.

Uno de los resultados a los que podríamos arribar es la necesidad de tipos penales que sancionen el mal desempeño de los banqueros en el sistema económico, o en otras palabras que generen que el banco incorpore en sus *trade off* el costo social de sus acciones, es así que estaríamos hablando de una sanción basada en la teoría de la prevención general negativa.

En cuanto a la función de la pena, algunos autores como Frister, que no comparten la idea de la pena desde la prevención general negativa⁷, le han dado un visto bueno a dicha teoría, en cuanto a la función de la pena respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica⁸.

⁶ Ver JIMÉNEZ, Gabriel; ONGENA, Steven; PEYDRÓ, José Luis y SAURINA, Jesús, *Hazardous Times for Monetary Policy: What Do Twenty-Three Million Bank Loans Say About the Effects of Monetary Policy on Credit Risk-Taking?*, first draft: September 2007, this draft: May 2008.

También ver GERALDO CERQUEIRO, María Fabiana Penas, *How does personal bankruptcy law affect start-ups?*, Catolic Lisbon School of Business and Economics, March 2016.

⁷ FRISTER, Helmut, *Strafrecht, Allgemeiner. Teil. Kurz-Lehrbücher. 7 Auflage*, C. H. Beck, nm 9, Kapitel 2, p. 21.

⁸ Ver FRISTER, Helmut y BRINKMANN, Sara, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación de la punibilidad desde el punto de vista de las teorías de la pena. Límites constitucionales de Derecho material y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

El párrafo en estudio se encuentra en la Ley KWG, que data de 1961 y constituye la base de la supervisión bancaria en Alemania. Para ello se cuenta con una serie de supervisiones especiales a las entidades de crédito e instituciones de servicios financieros, la cual es ejercida por la autoridad. Su objetivo central es garantizar un correcto funcionamiento de la industria bancaria. Al mismo tiempo, la KWG se aplica específicamente a las instituciones bancarias, mientras que una gran variedad de otras leyes especiales se circunscribe sólo al control del mercado⁹.

En dicho país la planificación de contingencia ya se introdujo en la ley de reducción de riesgos y en la planificación de la reorganización y resolución de bancos y grupos financieros (*Trennbankengesetz*) de mayo de 2013. Las instituciones que la BaFin clasifica como potencialmente sistémicas deben elaborar planes de reestructuración en Alemania desde el 1º de enero de 2014 y enviarlos a las autoridades de supervisión, los que se revisan periódicamente. Los planes están destinados esencialmente a indicar qué partes del banco son sistémicamente importantes y cuáles no. Sobre esta base, la autoridad de supervisión (BaFin) desarrollan un plan resolutivo para cada banco, con la finalidad de garantizar que sea capaz de tomar una decisión rápida sobre el futuro de la institución en una situación de crisis. Los planes de recuperación deben incluir, por ejemplo, propuestas sobre qué medidas concretas se pueden tomar en caso de pérdidas significativas o un déficit de capital para garantizar la viabilidad de la institución¹⁰.

La relación entre las dos leyes centrales, la KWG¹¹ y WpHG¹², juega un papel importante en la comprensión de los tipos penales que allí se encuentran, claro que hay interdependencias entre las dos leyes. Sin embargo, persiguen objetivos completamente diferentes: mientras que el KWG se ocupa de los permisos y de la supervisión de solvencia

⁹ NESTLER, Nina, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht*, Springer, Berlin, 2017, p. 314, nm 759.

¹⁰ BERND, Rudolph, *Bankregulierung zur Lösung des "too big to fail". Problems*, en <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0042-059X-2014-2-72/bankregulierung-zur-loesung-des-too-big-to-fail-problems-jahrgang-68-2014-heft-2>, p. 83.

¹¹ Gesetz über das Kreditwesen.

¹² *Wertpapierhandelsgesetz* (Ley de negociación de valores).

de las instituciones, la WpHG afecta fundamentalmente a la supervisión del mercado. En consecuencia, el objetivo principal de la KWG es evitar que las entidades de crédito asuman ciertos riesgos, ya sea a través de transacciones prohibidas (§ 3 KWG¹³) o debido a la falta de aprobación de sus acciones (§ 32 KWG¹⁴)¹⁵.

¹³ § 3 Verbotene Geschäfte. (1) Verboten sind:

1.der Betrieb des Einlagengeschäftes, wenn der Kreis der Einleger überwiegend aus Betriebsangehörigen des Unternehmens besteht (Werksparkassen) und nicht sonstige Bankgeschäfte betrieben werden, die den Umfang dieses Einlagengeschäftes übersteigen; 2.die Annahme von Geldbeträgen, wenn der überwiegende Teil der Geldgeber einen Rechtsanspruch darauf hat, daß ihnen aus diesen Geldbeträgen Darlehen gewährt oder Gegenstände auf Kredit verschafft werden (Zwecksparkassen); dies gilt nicht für Bausparkassen; 3.der Betrieb des Kreditgeschäftes oder des Einlagengeschäftes, wenn es durch Vereinbarung oder geschäftliche Gepflogenheit ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, über den Kreditbetrag oder die Einlagen durch Barabhebung zu verfügen. (2) ICRR-Kreditinstituten und Unternehmen, die einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe oder einer gemischten Finanzholding-Gruppe angehören, der ein CRR-Kreditinstitut angehört, ist das Betreiben der in Satz 2 genannten Geschäfte nach Ablauf von 12 Monaten nach Überschreiten eines der folgenden Schwellenwerte verboten, wenn1.bei nach internationalen Rechnungslegungsstandards im Sinne des § 315e des Handelsgesetzbuchs bilanzierenden CRR-Kreditinstituten und Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen oder gemischten Finanzholding-Gruppen, denen ein CRR-Kreditinstitut angehört, die in den Kategorien als zu Handelszwecken und zur Veräußerung verfügbare finanzielle Vermögenswerte eingestuft Positionen im Sinne des Artikels 1 in Verbindung mit Nummer 9 IAS 39 des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Europäischen Kommission vom 3. November 2008 in der jeweils geltenden Fassung zum Abschlusstichtag des vorangegangenen Geschäftsjahrs den Wert von 100 Milliarden Euro übersteigen oder, wenn die Bilanzsumme des CRR-Kreditinstituts oder der Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe oder gemischten Finanzholding-Gruppe, der ein CRR-Kreditinstitut angehört, zum Abschlusstichtag der letzten drei Geschäftsjahre jeweils mindestens 90 Milliarden Euro erreicht, 20 Prozent der Bilanzsumme des CRR-Kreditinstituts, der Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe oder gemischten Finanzholding-Gruppe, der ein CRR-Kreditinstitut angehört, des vorausgegangenen Geschäftsjahrs übersteigen, es sei denn, die Geschäfte werden in einem Finanzhandelsinstitut im Sinne des § 25f Absatz 1 betrieben, oder2.bei den sonstigen der Rechnungslegung des Handelsgesetzbuchs unterliegenden CRR-Kreditinstituten und Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen oder gemischten Finanzholding-Gruppen, denen ein CRR-Kreditinstitut angehört, die dem Handelsbestand nach § 340e Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs und der Liquiditätsreserve nach § 340e Absatz 1 Satz 2 des Handelsgesetzbuchs zuzuordnenden Positionen zum Abschlusstichtag des vorangegangenen Geschäftsjahrs den Wert von 100 Milliarden Euro übersteigen oder, wenn die Bilanzsumme des CRR-Kreditinstituts oder

der Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe oder gemischten Finanzholding-Gruppe, der ein CRR-Kreditinstitut angehört, zum Abschlussstichtag der letzten drei Geschäftsjahre jeweils mindestens 90 Milliarden Euro erreicht, 20 Prozent der Bilanzsumme des CRR-Kreditinstituts, der Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe oder gemischten Finanzholding-Gruppe, der ein CRR-Kreditinstitut angehört, des vorausgegangenen Geschäftsjahrs übersteigen, es sei denn, die Geschäfte werden in einem Finanzhandelsinstitut im Sinne des § 25f Absatz 1 betrieben. 2 Nach Maßgabe von Satz 1 verbotene Geschäfte sind: 1. Eigengeschäfte; 2. Kredit- und Garantiegeschäfte mit: a) Hedgefonds im Sinne des § 283 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuches oder Dach-Hedgefonds im Sinne des § 225 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuches oder, sofern die Geschäfte im Rahmen der Verwaltung eines Hedgefonds oder Dach-Hedgefonds getätigt werden, mit deren Verwaltungsgesellschaften; b) EU-AIF oder ausländischen AIF im Sinne des Kapitalanlagegesetzbuches, die im beträchtlichem Umfang Leverage im Sinne des Artikels 111 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung (ABl. L 83 vom 22.3.2013, S. 1) einsetzen, oder, sofern die Geschäfte im Rahmen der Verwaltung des EU-AIF oder ausländischen AIF getätigt werden, mit deren EU-AIF-Verwaltungsgesellschaften oder ausländischen AIF-Verwaltungsgesellschaften; 3. der Eigenhandel im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 4 Buchstabe d mit Ausnahme der Market-Making-Tätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe k der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. L 86 vom 24.3.2012, S. 1) (Market-Making-Tätigkeiten); die Ermächtigung der Bundesanstalt zu Einzelfallregelungen nach Absatz 4 Satz 1 bleibt unberührt. 3 Nicht unter die Geschäfte im Sinne des Satzes 2 fallen:

1. Geschäfte zur Absicherung von Geschäften mit Kunden außer AIF oder Verwaltungsgesellschaften im Sinne von Satz 2 Nummer 2;

2. Geschäfte, die der Zins-, Währungs-, Liquiditäts-, und Kreditrisikosteuerung des CRR-Kreditinstituts, der Institutsgruppe, der Finanzholding-Gruppe, der gemischten Finanzholding-Gruppe oder des Verbundes dienen; einen Verbund in diesem Sinne bilden Institute, die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem im Sinne des Artikels 113 Nummer 7 Buchstabe c der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen angehören;

3. Geschäfte im Dienste des Erwerbs und der Veräußerung langfristig angelegter Beteiligungen sowie Geschäfte, die nicht zu dem Zweck geschlossen werden, bestehende oder erwartete Unterschiede zwischen den Kauf- und Verkaufspreisen oder Schwankungen von Marktkursen, -preisen, -werten oder Zinssätzen kurzfristig zu nutzen, um so Gewinne zu erzielen. (3) 1 CRR-Kreditinstitute und Unternehmen, die einer Institutsgruppe, einer Finanzholdinggruppe oder einer gemischten Finanzholdinggruppe angehören, der ein CRR-Kreditinstitut angehört, und die einen der Schwellenwerte des § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder Nummer 2 überschreiten, ha-

ben 1. binnen sechs Monaten nach dem Überschreiten eines der Schwellenwerte anhand einer Risikoanalyse zu ermitteln, welche ihrer Geschäfte im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 verboten sind, und 2. binnen 12 Monaten nach dem Überschreiten eines der Schwellenwerte die nach Satz 1 Nummer 1 ermittelten bereits betriebenen verbotenen Geschäfte zu beenden oder auf ein Finanzhandelsinstitut zu übertragen. 2 Die Risikoanalyse nach Satz 1 Nummer 1 hat plausibel, umfassend und nachvollziehbar zu sein und ist schriftlich zu dokumentieren. 3 Die Bundesanstalt kann die Frist nach Satz 1 Nummer 2 im Einzelfall um bis zu 12 Monate verlängern; der Antrag ist zu begründen. (4) 1 Die Bundesanstalt kann einem CRR-Kreditinstitut oder einem Unternehmen, das einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe oder einer gemischten Finanzholding-Gruppe angehört, der auch ein CRR-Kreditinstitut angehört, unabhängig davon, ob die Geschäfte nach Absatz 2 den Wert nach Absatz 2 Satz 1 überschreiten, die nachfolgenden Geschäfte verbieten und anordnen, dass die Geschäfte einzustellen oder auf ein Finanzhandelsinstitut im Sinne des § 25f Absatz 1 zu übertragen sind, wenn zu besorgen ist, dass diese Geschäfte, insbesondere gemessen am sonstigen Geschäftsvolumen, am Ertrag oder an der Risikostruktur des CRR-Kreditinstituts oder des Unternehmens, das einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe oder einer gemischten Finanzholding-Gruppe angehört, der auch ein CRR-Kreditinstitut angehört, die Solvenz des CRR-Kreditinstituts oder des Unternehmens, das einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe oder einer gemischten Finanzholding-Gruppe angehört, zu gefährden drohen: 1. Market-Making-Tätigkeiten; 2. sonstige Geschäfte im Sinne von Absatz 2 Satz 2 oder Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die ihrer Art nach in der Risikointensität mit den Geschäften des Absatzes 2 Satz 2 oder des Satzes 1 Nummer 1 vergleichbar sind. 2 Die Bundesanstalt hat bei Anordnung im Sinne des Satzes 1 dem Institut eine angemessene Frist einzuräumen.

¹⁴ § 32. Erlaubnis. (1) 1 Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde; die Bundesanstalt hat § 37 Absatz 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuwenden. 2 Der Erlaubnisantrag muß enthalten 1. einen geeigneten Nachweis der zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel; 2. die Angabe der Geschäftsleiter; 3. die Angaben, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Antragsteller und der in § 1 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Personen erforderlich sind; 4. die Angaben, die für die Beurteilung der zur Leitung des Instituts erforderlichen fachlichen Eignung der Inhaber und der in § 1 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Personen erforderlich sind; 4a. die Angaben, die für die Beurteilung, ob die Geschäftsleiter über die zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe ausreichende Zeit verfügen, erforderlich sind; 5. einen tragfähigen Geschäftsplan, aus dem die Art der geplanten Geschäfte, der organisatorische Aufbau und die geplanten internen Kontrollverfahren des Instituts hervorgehen; 6. sofern an dem Institut bedeutende Beteiligungen gehalten werden: a) die Angabe der Inhaber bedeutender Beteiligungen, b) die Höhe dieser Beteiligungen, c) die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit dieser Inhaber oder gesetzlichen Vertreter oder persönlich haftenden Gesellschafter erforderlichen Angaben, d) sofern diese Inha-

ber Jahresabschlüsse aufzustellen haben: die Jahresabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre nebst Prüfungsberichten von unabhängigen Abschlußprüfern, sofern solche zu erstellen sind, und) sofern diese Inhaber einem Konzern angehören: die Angabe der Konzernstruktur und, sofern solche Abschlüsse aufzustellen sind, die konsolidierten Konzernabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre nebst Prüfungsberichten von unabhängigen Abschlußprüfern, sofern solche zu erstellen sind; 6a. sofern an dem Institut keine bedeutenden Beteiligungen gehalten werden, die maximal 20 größten Anteilseigner; 7. die Angabe der Tatsachen, die auf eine enge Verbindung zwischen dem Institut und anderen natürlichen Personen oder anderen Unternehmen hinweisen; 8. die Angabe der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans nebst der zur Beurteilung ihrer Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen sowie Angaben, die für die Beurteilung erforderlich sind, ob sie der Wahrnehmung ihrer Aufgabe ausreichende Zeit widmen können.³ Die nach Satz 2 einzureichenden Anzeigen und vorzulegenden Unterlagen sind durch Rechtsverordnung nach § 24 Abs. 4 näher zu bestimmen.⁴ Die Pflichten nach Satz 2 Nr. 6 Buchstabe d und e bestehen nicht für Finanzdienstleistungsinstitute. (1a) 1 Wer neben dem Betreiben von Bankgeschäften oder der Erbringung von Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 bis 5 und 11 auch Eigengeschäft betreiben will, bedarf auch hierfür der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt. 2 Dies gilt unabhängig von einem Betreiben von Bankgeschäften oder dem Erbringen von Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 bis 5 und 11 auch dann, wenn das Unternehmen das Eigengeschäft als Mitglied oder Teilnehmer eines organisierten Marktes oder eines multilateralen Handelssystems oder mit einem direkten elektronischen Zugang zu einem Handelsplatz oder mit Warenderivaten, Emissionszertifikaten oder Derivaten auf Emissionszertifikate betreibt. 3 Einer schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt bedarf es in den Fällen des Satzes 2 nicht, wenn 1. das Eigengeschäft von einem Unternehmen, das keine Bankgeschäfte betreibt oder Finanzdienstleistungen erbringt, betrieben wird, um objektiv messbar die Risiken aus der Geschäftstätigkeit oder dem Liquiditäts- und Finanzmanagement des Unternehmens oder der Gruppe, dem das Unternehmen angehört, zu reduzieren, 2. das Eigengeschäft mit Emissionszertifikaten von einem Betreiber im Sinne des § 3 Nummer 4 des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes betrieben wird, der keine Bankgeschäfte betreibt und Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 bis 4 erbringt oder 3. 1. das Eigengeschäft ausschließlich mit Warentermingeschäften, Emissionszertifikaten und Derivaten auf Emissionszertifikate betrieben wird und a) das Unternehmen nicht Teil einer Unternehmensgruppe ist, die in der Haupttätigkeit Bankgeschäfte betreibt oder Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 bis 4 erbringt, b) das Bankgeschäft des Unternehmens und der Gruppe im Verhältnis zu der sonstigen Tätigkeit des Unternehmens sowie der Gruppe auf individueller und aggregierter Basis eine Nebentätigkeit im Sinne des Artikels 1 der Delegierten Verordnung (EU) 592/2017 ist und c) 1. das Unternehmen die Inanspruchnahme dieser Ausnahme der Bundesanstalt jährlich anzeigt. 2. Für Zeitpunkt, Inhalt und Form der Anzeige und gegebenenfalls für die Führung eines öffentlichen Registers können nähere Bestimmungen in der Rechtsverordnung nach § 24 Absatz 4 erlassen werden; insbesondere kann dem Betreiber ein schreibender

Zugriff auf die für dieses Unternehmen einzurichtende Seite des Registers eingeräumt und er mit der Verantwortung für die Richtigkeit und Aktualität der Seite belastet werden. 2Einer schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt bedarf es auch, wenn ein Institut, dem eine Erlaubnis nach § 32 Absatz 1 Satz 1 erteilt wurde, eigene Finanzinstrumente vertreibt, soweit dies nicht ohnehin bereits als Betreiben eines Bankgeschäfts oder als Erbringen einer Finanzdienstleistung nach Absatz 1 Satz 1 oder als Betreiben des Eigengeschäfts nach Satz 1 unter Erlaubnisvorbehalt steht. 3Ein Unternehmen, das nach Satz 2 der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt bedarf, gilt als Finanzdienstleistungsinstitut. 4Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 2 und die Absätze 2, 4 und 5 sowie die §§ 33 bis 38 sind entsprechend anzuwenden.(1b) Die Erlaubnis für das eingeschränkte Verwahrgeschäft im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 12 kann nur erteilt werden, wenn die Erlaubnis zur Erbringung mindestens einer Finanzdienstleistung im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 bis 4 oder zum Betreiben eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 2 vorliegt oder gleichzeitig erteilt wird; mit Erlöschen oder Aufhebung dieser Erlaubnis erlischt die Erlaubnis für das eingeschränkte Verwahrgeschäft. (1c) 1Zentralverwahrer, die nach Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 zugelassen sind, benötigen für das Erbringen von Kerndienstleistungen im Sinne des Abschnitts A des Anhangs zur Verordnung (EU) Nr. 909/2014 und von nichtbankartigen Nebendienstleistungen im Sinne des Abschnitts B des Anhangs zur Verordnung (EU) Nr. 909/2014 sowie für das Betreiben von Bankgeschäften und das Erbringen von Finanzdienstleistungen, die zugleich Wertpapierdienstleistungen im Sinne des § 2 Absatz 8 des Wertpapierhandelsgesetzes sind, keine Erlaubnis nach Absatz 1 Satz 1, soweit das Betreiben dieser Bankgeschäfte oder das Erbringen dieser Finanzdienstleistungen von der Zulassung nach Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 umfasst ist. 2Satz 1 gilt für das Betreiben des Eigengeschäfts entsprechend. (1d) Zentralverwahrer im Sinne des Artikels 54 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014, die eine Erlaubnis nach Absatz 1 Satz 1 zum Betreiben von Bankgeschäften nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 haben, benötigen für das Erbringen von bankartigen Nebendienstleistungen im Sinne des Abschnitts C des Anhangs zur Verordnung (EU) Nr. 909/2014 keine weitere Erlaubnis nach Absatz 1 Satz 1 für das Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen, soweit das Erbringen der bankartigen Nebendienstleistungen von der Genehmigung nach Artikel 54 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 umfasst ist. (1e) Benannte Kreditinstitute im Sinne des Artikels 54 Absatz 4 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014, die eine Erlaubnis nach Absatz 1 Satz 1 zum Betreiben von Bankgeschäften nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 haben, benötigen für das Erbringen von bankartigen Nebendienstleistungen im Sinne des Abschnitts C des Anhangs zur Verordnung (EU) Nr. 909/2014 keine weitere Erlaubnis nach Absatz 1 Satz 1 für das Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen, soweit das Erbringen der bankartigen Nebendienstleistungen von der Genehmigung nach Artikel 54 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 umfasst ist. (1f) 1Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, als Datenbereitstellungsdienst tätig werden will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der

Bundesanstalt; die Bundesanstalt hat § 37 Absatz 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuwenden. 2Der Erlaubnisantrag muss enthalten: 1. die Angabe der Geschäftsleiter; 2. die Angaben, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter erforderlich sind; 3. die Angaben, die für die Beurteilung der zur Leitung des Unternehmens erforderlichen fachlichen Eignung der in § 1 Absatz 2 Satz 1 bezeichneten Personen erforderlich sind; 4. die Angaben, die für die Beurteilung, ob die Geschäftsleiter über die zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe ausreichende Zeit verfügen, erforderlich sind; 5. einen tragfähigen Geschäftsplan, aus dem die Art der geplanten Geschäfte, der organisatorische Aufbau und die geplanten internen Kontrollverfahren des Unternehmens hervorgehen; 6. die Angabe der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans nebst der zur Beurteilung ihrer Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen sowie Angaben, die für die Beurteilung erforderlich sind, ob sie der Wahrnehmung ihrer Aufgabe ausreichend Zeit widmen können. 3Das Nähere zu Inhalt und Form des Erlaubnisantrages regeln die technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards gemäß Artikel 61 Absatz 4 und 5 der Richtlinie 2014/65/EU. 4Abweichend von den Sätzen 1 bis 3 ist Instituten und Trägern einer inländischen Börse, die eine Börse, ein multilaterales Handelssystem oder ein organisiertes Handelssystem betreiben, die Tätigkeit als Datenbereitstellungsdienst gestattet, sofern festgestellt wurde, dass sie den Anforderungen des Titels V der Richtlinie 2014/65/EU genügen. 5Diese Dienstleistungen sind in ihre Erlaubnis eingeschlossen. (2) 1Die Bundesanstalt kann die Erlaubnis unter Auflagen erteilen, die sich im Rahmen des mit diesem Gesetz verfolgten Zweckes halten müssen. 2Sie kann die Erlaubnis auf einzelne Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beschränken. (3) Vor Erteilung der Erlaubnis hat die Bundesanstalt die für das Institut in Betracht kommende Sicherungseinrichtung zu hören. (3a) 1Mit der Erteilung der Erlaubnis ist dem Institut, sofern es nach den Vorschriften des Zweiten Abschnittes des Einlagensicherungsgesetzes oder nach § 8 Absatz 1 des Anlegerentschädigungsgesetzes beitragspflichtig ist, die Entschädigungseinrichtung mitzuteilen, der das Institut zugeordnet ist. 2Bezieht sich die Tätigkeit eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens im Sinne des § 2 Absatz 10 des Wertpapierhandelsgesetzes auf strukturierte Einlagen im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes und wird die strukturierte Einlage von einem Kreditinstitut ausgegeben, das Mitglied eines Einlagensicherungssystems im Sinne des Einlagensicherungsgesetzes ist, so deckt das Einlagensicherungssystem des Kreditinstituts auch die von dem Kreditinstitut ausgegebenen strukturierten Einlagen ab. (4) Die Bundesanstalt hat die Erteilung der Erlaubnis im Bundesanzeiger bekannt zu machen. (5) 1Die Bundesanstalt hat auf ihrer Internetseite ein Institutsregister zu führen, in das sie alle inländischen Institute, denen eine Erlaubnis nach Absatz 1, auch in Verbindung mit § 53 Abs. 1 und 2, erteilt worden ist, mit dem Datum der Erteilung und dem Umfang der Erlaubnis und gegebenenfalls dem Datum des Erlöschens oder der Aufhebung der Erlaubnis einzutragen hat. 2Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, nähere Bestimmungen zum Inhalt des Registers und den Mitwirkungspflichten der Institute bei der Führung des Registers erlassen. (5a) 1Die Bundesanstalt führt auf ihrer Internetseite ein öffentlich zugängliches Register, in das sie alle Datenbereitstellungsdienste, denen eine Erlaubnis nach § 32

Basado en la estructura básica del panorama crediticio alemán y la supervisión bancaria dualista por parte de la BaFin¹⁶ la que se encarga de la totalidad de la supervisión financiera. Entre los distintos institutos financieros en Alemania se hace una distinción entre los públicos, los privados y los cooperativos. La propia KWG también procede de acuerdo a esta asignación (ver § 40 [1], N° 1, KWG¹⁷)¹⁸.

La ley regula todos los servicios bancarios que brindan tanto los comerciales como los bancos especiales o de inversión; los hechos

Absatz 1f erteilt worden ist, mit dem Datum der Erteilung und dem Umfang der Erlaubnis und gegebenenfalls dem Datum des Erlöschens oder der Aufhebung der Erlaubnis einträgt. 2Das Erlöschen oder die Aufhebung der Erlaubnis bleibt für einen Zeitraum von fünf Jahren ab der entsprechenden Entscheidung im Register eingetragen. (6) 1Soweit einem Zahlungsinstitut eine Erlaubnis nach § 10 Absatz 1 Satz 1 des Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetzes oder einem E-Geld-Institut eine Erlaubnis nach § 11 Absatz 1 Satz 1 des Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetzes erteilt worden ist und dieses zusätzlich Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 erbringt, bedarf dieses Zahlungsinstitut oder E-Geld-Institut keiner Erlaubnis nach Absatz 1. 2Die Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 ist zu erfüllen und § 14 Abs. 2 bis 4 anzuwenden.(7) 1Auf den Beschlussentwurf der Bundesanstalt nach Artikel 14 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 sind die Absätze 1, 2 Satz 1 und Absatz 3 entsprechend anzuwenden. 2Die Aufgaben nach den Absätzen 3a bis 5 obliegen der Bundesanstalt unbeschadet davon, ob die Erlaubnis durch die Europäische Zentralbank oder die Bundesanstalt erteilt wird.

¹⁵ NESTLER, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht* cit., p. 314, nm 761.

¹⁶ *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

¹⁷ § 40. Bezeichnung "Sparkasse". (1) Die Bezeichnung "Sparkasse" oder eine Bezeichnung, in der das Wort "Sparkasse" enthalten ist, dürfen in der Firma, als Zusatz zur Firma, zur Bezeichnung des Geschäftszwecks oder zu Werbezwecken nur führen 1. öffentlich-rechtliche Sparkassen, die eine Erlaubnis nach § 32 besitzen; 2. andere Unternehmen, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes eine solche Bezeichnung nach den bisherigen Vorschriften befugt geführt haben; 3. Unternehmen, die durch Umwandlung der in Nummer 2 bezeichneten Unternehmen neu gegründet werden, solange sie auf Grund ihrer Satzung besondere Merkmale, insbesondere eine am Gemeinwohl orientierte Aufgabenstellung und eine Beschränkung der wesentlichen Geschäftstätigkeit auf den Wirtschaftsraum, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, in dem Umfang wie vor der Umwandlung aufweisen. (2) Kreditinstitute im Sinne des § 1 des Gesetzes über Bausparkassen dürfen die Bezeichnung "Bausparkasse", eingetragene Genossenschaften, die einem Prüfungsverband angehören, die Bezeichnung "Spar- und Darlehenskasse" führen.

¹⁸ NESTLER, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht* cit., p. 313, nm 758.

penales establecidos en la KWG tienen un párrafo en particular, el cual impone la responsabilidad penal a los gerentes de las entidades bancarias por la mala gestión de riesgos.

Una función importante de la KWG es especificar qué evaluaciones de riesgo debe realizar un banco antes de otorgar un préstamo. Este proceso generalmente se conoce como *verificación de crédito* e incluye los siguientes componentes: riesgo de crédito, riesgos de la información, riesgo de mercado, riesgo de liquidez y riesgo operacional.

Así las cosas, la auditoría analiza las posibles complicaciones que pueden surgir como resultado de la insolvencia (riesgo de incumplimiento) o la falta de conocimiento (riesgo de información) de un prestatario. Sin embargo, también se tienen en cuenta los problemas que podrían surgir de los movimientos del mercado (riesgo de mercado) y la posible insolvencia del banco (riesgo de liquidez). Incluso la falla potencial de las personas y los sistemas (riesgo operacional) debe estimarse de acuerdo con la KWG.

II. Las teorías de la pena

Sostiene Kindhäuser que la cuestión fundamental del Derecho Penal, donde el Estado se apropia del derecho a castigar a sus ciudadanos –con consecuencias posiblemente amenazantes desde el punto de vista existencial–, ha sido respondida de manera diferente en principio y en detalle durante siglos. El único hecho indiscutible hoy en día es que el Estado debe tener derecho a castigar las conductas socialmente nocivas para garantizar la libre convivencia de sus ciudadanos. En este caso, el Derecho Penal debe entenderse como *ultima ratio*, sólo puede intervenir de manera subsidiaria si no se dispone de medios moderados; sin embargo, es polémico si ciertos fines pueden perseguirse con la amenaza y la imposición de penas o no¹⁹.

El propósito del castigo ha sido discutido durante siglos. Aquí, las teorías de la pena “absolutas” y “relativas” se enfrentan entre sí, las cuales, a su vez, están representadas de diferentes formas²⁰. El Derecho

¹⁹ KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Nomos, p. 37, § 2, nm 8.

²⁰ MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. 3 Auflage*, Beck, München, 2015, p. 21, mn. 16.

Penal decide independientemente sobre la naturaleza y el alcance de la pena. Hasta donde sabemos: los delitos son sólo aquellos ataques a intereses legales que niegan la capacidad legal de la víctima a tener tales derechos²¹.

Como es sabido, en un Estado de Derecho no se impone ninguna sanción hasta que se haya cometido un delito. De esta manera ya no puede deshacer el crimen y, por lo tanto, siempre es demasiado tarde (llega después del hecho) –a diferencia de las medidas de la policía para evitar el peligro– y la ley lo regula –para proteger por medio del castigo los intereses violados de las víctimas–. Por lo tanto, se plantea la cuestión de qué sentido tiene y debería tener la imposición de una sanción. La historia intelectual de la humanidad demuestra que esta pregunta, que parece tan simple y tan fundamental para el Derecho Penal, no es fácil de responder. Aunque esta cuestión siempre ha sido considerada, no sólo en la ciencia del Derecho Penal, sino también en la Filosofía, todavía no fue posible encontrar una respuesta generalmente aceptada²².

1. Teorías absolutas

Según las teorías absolutas, el castigo es “incondicional” en el sentido de que no persigue ningún propósito social futuro. La justificación de la pena está en el autor (como persona racional) y en el acto cometido por él. De esta manera, se castiga por el solo hecho de haber cometido un injusto (*Punitur quia peccatum est*)²³.

Los seguidores de la teoría retributiva (especialmente Immanuel Kant [1724-1804] y Georg Wilhelm Friedrich Hegel [1770-1831]) asumen que el injusto debe ser seguido por un castigo no permanente, duro y, según Kant, también del mismo tipo; en Hegel, sólo según el valor para restaurar la justicia. En consecuencia, existe una compensación por medio de la culpabilidad por parte del autor. Esta idea hace

²¹ KLESCZEWSKI, Diethelm, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Das examensrelevante Kernwissen im Grundriss*, Leipziger Universitätsverlag, 2017, p. 7, § 1, nm 16.

²² FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Kurz-Lehrbücher. 7 Auflage* cit., nm 1, Kapitel 2, p. 18.

²³ MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. 3 Auflage*, Beck, München, 2015, p. 21, nm 18.

a la fórmula atribuida a Hegel –que el castigo es la “negación de la negación [actual] de la ley”²⁴– sorprendentemente clara. Las consecuencias de la visión de Kant se hacen muy visibles en el ejemplo de la isla, según la cual, incluso si las personas que viven en una isla deciden irse y disolver la sociedad, el último asesino en prisión tendría que ser ejecutado de antemano, de modo que todo el mundo pudiera experimentar lo que valen sus actos²⁵.

Hegel²⁶ está de acuerdo con Kant en que el castigo debe ser impuesto sólo por el bien de la justicia. Pero intenta explicar con más detalle por qué cada hombre tiene que experimentar lo que valen sus actos. El punto de partida es la consideración de que el hombre, con cada una de sus acciones, afirma al mismo tiempo la corrección general de esta acción: “Porque en su acción como ser racional yace algo que es universal, que a través de él se establece una ley”. Sobre esta base, Hegel ve en la comisión del delito la afirmación de que por el hecho de ser la ley violada no debe aplicarse. Aunque esta afirmación es contradictoria, ya que el hombre, como ser racional, siempre quiere la validez de la ley, por lo tanto es “en sí mismo nulo sin valor”; pero esta autocontradicción debe “manifestarse” externamente para que la ley siga siendo “real”. Esto sólo puede suceder si la ley establecida se le aplica al autor por el delito, es decir, se le inflige un mal, del mismo modo que el delito le ha infligido un mal a otro²⁷.

Ahora bien, según Kant, la tarea de la pena es hacer cumplir la justicia. El castigo sólo puede imponerse al autor del hecho porque éste ha cometido un delito; de lo contrario –con una sanción adecuada–, el hombre sólo sería tratado como una cosa para las intenciones de otro y de esta manera comparado con un objeto o cosa que está en la ley de propiedad. Además, en Kant la justicia debe realizarse toda vez que la realización de ésta es un imperativo categórico. Si se pierde

²⁴ WESSELS, BEULKE y SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. 44. Auflage, C. F. Müller, § 1, nm 12, p. 6.

²⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten, Werkausgabe* BD 8, 1977, S. 455.

²⁶ Vgl. für HEGELS, *Straftheorie die Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), §§ 90-13. Dieser Passage sind auch die folgenden Zitate entnommen. Sie ist abgedruckt bei Vormbaum. *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit* (1993), Bd. II. S. 61-69.

²⁷ FRISTER, ob. cit., nm 5, Kapitel 2, p. 19.

la justicia, ya no vale la pena que la gente viva en la tierra. Por el contrario, Hegel ve al delito como una violación del derecho, una negación de la ley: la infracción plantea un reclamo de validez, que el castigo encuentra como “negación de la negación” y, por lo tanto, como “restauración de la ley”: el castigo es por la negación del Derecho²⁸.

Para Murmann, en la teoría retributiva el propósito del castigo es restaurar el derecho violado. Puesto que el término “retribución” no expresa adecuadamente este propósito, sino que se asocia más bien con la “venganza”, también se puede hablar de “compensación por la culpa”. Para la comprensión de esta teoría es fundamental la concepción subyacente del hombre: el delincuente es una persona racional. Así las cosas, con su ofensa no sólo viola una orden que se le ha dado desde fuera, sino que también viola la ley como orden intelectual, en la que él mismo tiene una parte sustantiva. Su desconocimiento de la norma de prohibición, que de hecho se expresa, es la opinión de una persona racional sobre los derechos de los demás. Esta “contrapropuesta a la ley aplicable” es rechazada por la sanción, no sólo en interés de los demás miembros de la comunidad del derecho, sino también en interés del propio autor, que respeta la sanción como persona jurídica (y no sólo como sujeto de medidas educativas)²⁹.

La teoría de las retributivas (o la idea de la compensación de la pena) se ha reconocido en el artículo 46.1, 1 del Código Penal alemán: “La culpabilidad del delincuente es la base para la imposición de la pena”. Esta orientación hacia la culpabilidad corresponde al principio de la culpabilidad consagrado en la dignidad humana (art. 1º de la Ley Fundamental) (“No hay castigo sin culpa”). Esto garantiza que no se imponga para disuadir a otros posibles autores, una pena con fines educativos, ni que se imponga una pena que exceda el grado de culpabilidad personal del autor. Por el contrario, esto garantiza que el castigo pueda seguir siendo legitimado incluso si el autor del delito ya no representa ningún peligro, y que el castigo no parece ser necesario para influir en el público en general. Así pues, la teoría preventiva

²⁸ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 37, § 2, nm 10.

²⁹ MURMANN, ob. cit., p. 22, mn. 22.

puede utilizarse fácilmente para justificar el castigo de un delincuente nazi que, décadas después de sus terribles actos, vive plenamente integrado en la República Federal de Alemania³⁰.

Para el profesor Kleszczewski, las teorías retributivas se han desarrollado en los tiempos modernos en la sucesión de Kant. Lo que tienen en común es la siguiente consideración: cada uno es consciente en todo momento de que lo que se hace contra otra persona se lo hace a sí mismo según la regla del Derecho. Al igual que en la Ley Fundamental todos los derechos en Kant se basan en la dignidad de la persona. Se entiende como la autodeterminación de cada persona de actuar libremente de acuerdo con sus propias reglas. Quien actúa de acuerdo con estas reglas en relación con los demás no sólo exige el reconocimiento por parte de los demás por el uso de su libertad, sino que al mismo tiempo expresa que concede esa libertad a los demás. Si alguien ataca conscientemente a otra persona por iniciativa propia, el autor no convierte a la víctima en un mero objeto. Con esta infracción al derecho debe más bien conceder recíprocamente a los demás un derecho igual contra sí mismo. Cualquiera que quiera adquirir una propiedad ajena no puede exigir que otros renuncien a su riqueza. En este caso, es un mandamiento de la justicia imponerle a quien dañó un pago. El castigo debe ser posterior, a fin de garantizar la reciprocidad del delincuente que actúa como máximo injusto también para él³¹.

Este pensamiento es esencialmente la libertad de la voluntad asumida por la persona y, por lo tanto, también la culpabilidad; por otro lado, opera el castigo como un fin en sí mismo sin considerar los efectos para la sociedad³².

Por último, pero no por ello menos importante, Kant entiende los crímenes en el sentido de un talión material: el robo se castiga con una multa, el asesinato con la muerte. Esto pierde de vista el hecho de que el disvalor básicamente no consiste en el daño infligido, sino en el ataque a la capacidad legal de un tercero. Su naturaleza y ex-

³⁰ MURMANN, ob. cit., p. 23, mn. 23.

³¹ KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 8, § 1, nm 17.

³² KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 9, § 1, nm 17.

tensión, ciertamente, están determinadas esencialmente por el máximo del injusto realizado por el delincuente. Ésta adopta formas diferentes dependiendo de las referencias sociales en las que actúan los delincuentes. La naturaleza y el alcance de la pena se determinarán en función de esta indignidad, y no sólo en función de los daños causados. En síntesis, se deduce de lo dicho que del hecho de que la retribución está destinada a restaurar la ley, la pena no puede ser un castigo legítimo ya que con la ejecución de la pena el delincuente como sujeto de Derecho y el derecho no puede ser restituido en relación con él³³.

Por supuesto, también hay objeciones a la teoría retributiva: la teoría de la retribución se mantiene y cae con la posibilidad de establecer la culpabilidad en el sentido de la reprobación personal. La autonomía de la voluntad necesaria para ello, según la cual la persona en una situación concreta también podría haber optado por un comportamiento respetuoso del Derecho, no puede ser probada por la ciencia empírica. Pero incluso el supuesto opuesto de un determinismo, es decir, la determinación natural del comportamiento humano, no puede probarse. En la vida social, la idea de libertad y responsabilidad es en última instancia irrefutable. Incluso la Ley Fundamental tiene el compromiso con la dignidad humana de la autodeterminación de la persona. Otro punto que se le objeta a la teoría retributiva apunta a la realización de una idea metafísica de la justicia, a la que “el Estado como institución humana no es capaz ni está justificado”. Pero un derecho que no está comprometido con la idea de justicia no es otra cosa que el derecho del más fuerte, es decir, el poder y la violencia. La justicia no es esoterismo, sino una reivindicación del Derecho como orden espiritual. Por último, también se afirma que la teoría retributiva tiene “consecuencias socialmente indeseables”. El encarcelamiento basado en el principio de los males no puede curar el daño de socialización que a menudo es la causa de los delitos y, por lo tanto, no es un medio adecuado para combatir el delito. Pero incluso esta objeción no es convincente: que el castigo es un mal debería ser algo natural³⁴.

³³ KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 10, § 1, nm 19.

³⁴ MURMANN, ob. cit., p. 24, nm 26.

2. Las teorías relativas

Las llamadas teorías relativas de la pena consideran que el castigo está justificado si logra un cierto propósito (legítimo): *punir, ne peccetur*. Los horizontes del castigo relativo son la prevención especial y general, que a su vez está representada en las variantes principales de la prevención general negativa y positiva³⁵.

En las teorías relativas distingue además entre la prevención general negativa y la prevención general positiva, según las cuales el objetivo de la pena es reforzar el conocimiento de la ley y la confianza de los sujetos en el sistema jurídico (por ejemplo, Günter Jakobs) y la prevención general negativa, según la cual el objetivo de la pena es disuadir por medio de la amenaza del castigo y castigando al autor del delito (especialmente Paul Johann Anselm von Feuerbach [1775-1833]). En la prevención especial (especialmente Franz von Liszt [1851-1919]), se puede distinguir entre la prevención especial positiva (mejora del delincuente) y la prevención especial negativa (proteger a la sociedad del delincuente incluyéndolo)³⁶.

Nos dice el profesor Kleszczewski que el fenómeno de la reincidencia masiva y la imitación del crimen ha llevado a que el castigo no se considere un fin en sí mismo, sino únicamente un instrumento de prevención de la delincuencia. De acuerdo con esto, el castigo debe proteger a la sociedad de la recaída del delincuente (prevención especial) o de que terceros perciban el delito como un ejemplo digno de imitación (prevención general). La prevención especial puede lograrse mejorando la constitución del delincuente (sobre todo a través de la terapia, también conocida como prevención especial positiva) o haciéndolo inofensivo, es decir, a través de la custodia segura (también conocida como prevención especial negativa). La prevención general significa, por una parte, disuadir a los delincuentes castigándolos (prevención general negativa) y, por otra parte, cumplir con la ley, ello mediante la sanción para demostrar que el derecho vulnerado se mantiene como norma de actuación (prevención general positiva)³⁷.

³⁵ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 38, § 2, nm 11.

³⁶ WESSELS, BEULKE y SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 44 Auflage* cit., § 1, nm 12, p. 7.

³⁷ KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 10, § 1, nm 20.

Ahora bien, es cierto que en un mundo en el que las violaciones masivas a la ley no se castigaran con penas, se perdería cualquier orientación de la norma social. Pero esta comprensión sólo reformula la visión de la teoría absoluta, según la cual los seres humanos establecen su comportamiento entre sí de acuerdo con reglas recíprocamente válidas. De esta afirmación general no se puede deducir qué amenaza de castigo o qué tipo o medida de castigo es la que más disuade de cometer nuevos actos. La investigación empírica aún no ha podido demostrar que ciertas formas (agudas) de castigo hayan sido particularmente eficaces para disuadir a la gente de cometer delitos³⁸.

3. *Prevención especial*

La teoría de la prevención especial ve el efecto preventivo de la pena no en el efecto sobre el público en general, sino en el efecto sobre el propio delincuente. La pena tiene por objeto impedir que el delincuente, en particular, realice nuevos delitos. Esta idea es antigua, fue formulada por primera vez en la teoría criminal de Franz von Liszt (1851-1919). En su famoso *Programa Marburger* (1882/83), Von Liszt distinguió tres métodos diferentes para evitar que el delincuente cometiera nuevos crímenes³⁹.

Así, en la prevención especial el destinatario de la pena es un delincuente específico, a quien se le debe impedir que cometa futuros delitos mediante el castigo. Esta idea de Franz von Liszt ha dado forma a la comprensión moderna de la prevención especial a través de⁴⁰:

- La mejora (resocialización) del delincuente más capacitado y necesitado de mejora (educación, castración, etc.).
- La disuasión del delincuente que no necesita mejorar (disuasión mediante castigos con una buena intención).
- Inocuidad (por ejemplo, custodia de seguridad) del delincuente que no es capaz de mejorar.

³⁸ KLESCZEWSKI, ob. cit., ps. 10/11, § 1, nm 21.

³⁹ FRISTER, ob. cit., nm 14, Kapitel 2, p. 22.

⁴⁰ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 38, § 2, nm 12.

La crítica a la prevención especial pone en duda que las premisas empíricas de esta teoría sean aplicables. Después de una “euforia de resocialización”, sobre todo en los años setenta, y de que las posibilidades se hubieran evaluado de forma demasiado optimista, una evaluación pesimista ganó terreno más tarde: “nada funciona”. En el debate se concede especial importancia a las estadísticas sobre la reincidencia, que muestran cuántos de los delincuentes condenados a penas de prisión vuelven a cometer un delito. Es cierto que estas estadísticas no proporcionan ninguna información sobre si se ha cometido un nuevo delito a pesar de la ejecución de la pena de prisión, o incluso debido a ella, y si una vida sin castigo puede atribuirse precisamente a los esfuerzos de reinserción social en el sistema penitenciario. Una imagen más diferenciada se ha vuelto en general aceptada, según la cual una influencia individual fuertemente orientada hacia la personalidad del delincuente en cuestión puede sin duda tener éxito⁴¹.

Dice Murmann que, en la prevención especial, particularmente en su forma de resocialización no es una buena razón para legitimar la pena. Si el propósito de la sanción fuera la prevención especial, lógicamente el nivel de la sanción también tendría que estar orientado a las necesidades especiales de la prevención. La culpabilidad del delito perdería su efecto explicativo y limitador. Así pues, por una parte, las infracciones leves tendrían que dar lugar a sanciones considerables si parecieran favorecer la reinserción social. Por otra parte, el castigo no sería legítimo si, por ejemplo, el acto se originara en una situación de conflicto único y no se esperara un nuevo acto delictivo (por ejemplo: el marido mata a su mujer después de 50 años de matrimonio extenuantes)⁴².

Lo acertado del horizonte especial de la delincuencia preventiva es que el castigo debe ser un medio eficaz para prevenir nuevos delitos. Además, la prevención especial tiene una conexión personal concreta con el respectivo delincuente y su entorno, lo que facilita las declaraciones empíricas sobre el éxito o el fracaso de ciertas sanciones. Es cierto que algunas sanciones basadas únicamente en la eliminación

⁴¹ MURMANN, ob. cit., p. 26, nm 32.

⁴² MURMANN, ob. cit., p. 26, nm 33.

del autor (pena de muerte, cadena perpetua, castración, etc.) no pueden negar a priori el efecto de seguridad. Sin embargo, hacen que el condenado sea objeto de prevención del delito y, por lo tanto, se prohíben sobre la base del artículo 1.I de la GG⁴³. En lo que respecta a la mejora de los efectos de las sanciones penales, los nuevos estudios tienden a señalar que una sanción menor o nula contribuye más a la libertad condicional que unas consecuencias jurídicas especialmente graves. En particular, las sanciones de privación de libertad no sólo ofrecen la posibilidad de abordar los problemas del condenado, sino que también tienen efectos perjudiciales de diversas maneras, que suelen resumirse en la palabra clave “encarcelamiento”. Sostiene Kleszczewski que, desde un punto de vista empírico, la finalidad delictiva de la prevención especial positiva está perdiendo cada vez más legitimidad. Por último, pero no por ello menos importante, la jurisprudencia del más alto tribunal rechaza una justificación basada en una idea preventiva de la pena más allá de lo que es apropiado para la culpabilidad⁴⁴.

De esta manera, sostiene Frister que la teoría de la prevención especial es relativamente fácil de refutar como única justificación para castigar los delitos penales. El intento de legitimar la pena únicamente con la necesidad de evitar que el delincuente cometa delitos en el futuro fracasa al considerar que alguien puede haber cometido delitos muy graves, sin la necesidad de cometer delitos en el futuro. Probablemente el ejemplo más obvio son las atrocidades del nacionalsocialismo; a menudo han sido cometidos por personas que, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, no tenían más probabilidades de volver a cometer crímenes que las de un “ciudadano normal”. Pero aparte del caso especial de la delincuencia de origen estatal, también hay delitos para los que no hay peligro de que se repitan. Por ejemplo, el

⁴³ Grundgesetz I. Die Grundrechte (Arts. 1^o-19). Art. 1^o: (1) 1Die Würde des Menschen ist unantastbar. 2Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

⁴⁴ KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 11, § 1, nm 21.

asesinato de parientes, cónyuges u otros parientes cercanos suele ser el resultado de situaciones de conflicto especiales en las que es poco probable que el autor vuelva a entrar. Sin embargo, tales actos son punibles en nuestro sistema legal, y esto no se justifica con el fin de evitar que el delincuente cometa futuros delitos⁴⁵.

4. *Prevención general*

La teoría de la prevención general, en su forma original, considera que el propósito del castigo es disuadir a los posibles autores de cometer un delito. Este propósito del castigo también es familiar para el entendimiento previo y ha sido conocido desde la antigüedad. Fue formulada sistemáticamente por el importante abogado penalista Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833). Según su teoría de la coacción psicológica, el Derecho Penal tiene la tarea de abolir los motivos egoístas dirigidos a cometer delitos, generando motivos egoístas opuestos y, por lo tanto, impidiendo psicológicamente que el ciudadano cometa un delito. Cumpliría esta tarea dando al ciudadano la certeza, mediante la amenaza de castigo, de que a cada delito le seguiría un mal “que es mayor que la falta de voluntad que surge del impulso insatisfecho de cometerlo”. La imposición de la pena sólo es necesaria para mantener la credibilidad de esta amenaza de castigo⁴⁶.

La teoría de Feuerbach sobre la coerción psicológica se basa en una separación radical de la ley y la moral. No niega que muchas personas no cometen delitos debido a sus convicciones morales, pero considera que el sentido del Derecho Penal consiste en prevenir los delitos independientemente de las convicciones morales de los ciudadanos, haciendo que su comisión sea “antieconómica” para los posibles autores. A menudo se argumenta que no todos los delitos son el producto de un análisis de costo-beneficio bien considerado. Un gran número, en particular también los delitos graves, se cometen sin que el autor se preocupe de si vale la pena cometerlos o no. Por ejemplo, los delitos de homicidio y de lesiones corporales graves suelen ser delitos instantáneos que no van precedidos de una decisión del autor

⁴⁵ FRISTER, ob. cit., nm 15, Kapitel 2, p. 23.

⁴⁶ FRISTER, ob. cit., nm 8, Kapitel 2, p. 20.

que sopesa las ventajas y desventajas y que, por lo tanto, no pueden evitarse eliminando el “atractivo económico” de los delitos penales⁴⁷.

Para el profesor de la universidad de Leipzig Kleczewski, independientemente del alcance de la condena posterior, el enjuiciamiento más coherente posible es una medida preventiva. Por lo tanto, los efectos generales de la prevención no pueden utilizarse para justificar el castigo. Además, se impone una sanción al autor con la intención de que terceros puedan cambiar su comportamiento. Este horror criminal convierte al condenado en un mero medio de lucha contra la delincuencia por parte del Estado. Por lo tanto, infringe el artículo 1.I de la GG. Por último, pero no por ello menos importante, hay que tener en cuenta que la brutalidad asociada a esos castigos tiende a promover, en lugar de contener, el espíritu de la violencia⁴⁸.

5. *Prevención general negativa*

En la prevención general negativa, el destinatario es la unidad universal. Esta pena tiene por objeto impedir que delincuentes “distintos del autor” cometan delitos. Por lo tanto, su objetivo es ejercer coerción psicológica sobre los posibles autores y mantenerlos en el camino del Derecho mediante la amenaza del castigo. Una prevención general entendida de esta manera se llama negativa porque ve el castigo como un medio de disuasión⁴⁹.

- La amenaza de castigo tiene por objeto disuadir a todos los destinatarios habituales de cometer el delito en cuestión.
- La ejecución de la sentencia deja clara la gravedad de la amenaza.

Señala Murmann que la crítica a esta teoría comienza ya con la imagen humana subyacente de un *homo economicus*, formado por una creencia esclarecedora en la razón: contrariamente a esta noción, la mayoría de los delincuentes no sopesan sobriamente las ventajas del crimen contra la amenaza del castigo, sino que actúan impulsivamente sin mucho cálculo. Y si la cuestión ya se ha sopesado, entonces no es tanto el nivel de la pena amenazada lo que juega un papel como

⁴⁷ FRISTER, ob. cit., nm 10, Kapitel 2, p. 21.

⁴⁸ KLESCZEWSKI, ob. cit., ps. 10/11, § 1, nm 21.

⁴⁹ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 38, § 2, nm 13.

el riesgo de descubrir el delito. Quien decide cometer un delito suele confiar en que no será “capturado” y, por lo tanto, no será castigado. Aún más grave que estas dudas sobre el carácter concluyente del concepto es la objeción de que, en última instancia, el autor no es castigado por su propio acto, sino por disuadir a otros miembros de la sociedad. Por consiguiente, la culpabilidad del individuo no puede tener un efecto limitante, pero el alcance del castigo se basa en la necesidad de disuasión de la población. El ser humano es degradado por el castigo a uno de los elementos disuasorios del otro objeto de servicio, como si fuera puesto en la picota, violando así su dignidad humana (art. 1º, ap. 1º, de la GG)⁵⁰.

Hegel ha resumido la objeción de la violación de la dignidad humana en pocas palabras: “En base al castigo, es como levantar un palo contra un perro, y el hombre no es tratado de acuerdo con su honor y libertad, sino como un perro”⁵¹.

6. *Prevención general positiva*

En la prevención general positiva, el castigo está dirigido al público en general, pero no tiene por objeto disuadir, sino más bien fortalecer el cumplimiento positivo de la ley y la confianza en el sistema legal. Según este enfoque, el propósito de la amenaza y la imposición de castigos es asegurar la validez de las normas elementales de integración social liberal. El Derecho Penal no trata de evitar el peligro como ocurre en el Derecho policial, sino de garantizar la expectativa de que todos los demás pueden y deben (si es posible) hacer de la norma la pauta de toma de decisiones para sus acciones. La sanción es que estas expectativas mutuas son legítimas y fiables, es decir, que aquellos que alinean sus propias acciones con estas expectativas no están (permanentemente) decepcionados y tienen que volver a aprender⁵².

La prevención general positiva en sus diversas formas domina el debate científico. Esta teoría se basa en la construcción de normas (por lo tanto: “positivas”) de los efectos del castigo: no el miedo, sino

⁵⁰ MURMANN, ob. cit., p. 27, nm 35.

⁵¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Zusatz zu § 99, en MURMANN, ob. cit., p. 27, nm 35.

⁵² KINDHÄUSER, ob. cit., p. 38, § 2, nm 14.

la perspicacia debe motivar a los ciudadanos (no sólo a los convictos) a comportarse de una manera respetuosa con la ley. Con la imposición de la sanción, se demuestra la validez de la norma a todos los miembros de la comunidad jurídica. De ello se desprenden tres efectos, ciertamente relacionados entre sí⁵³:

- Un efecto socioeducativo: se sensibiliza a los ciudadanos sobre la ley aplicable y las consecuencias de su incumplimiento (la “práctica del cumplimiento de la ley”).
- Un efecto de confianza: los ciudadanos ven el castigo como una confirmación de la inviolabilidad de la norma.
- Un efecto pacificador: los ciudadanos pueden calmarse sobre el libro legal debido a la sanción y considerar resuelto el conflicto con el perpetrador. Este efecto del castigo como medio de integración social también se denomina “prevención de la integración”.

Si la expectativa no se cumple, la reacción es la imposición de un castigo: por castigo se entiende que se “culpa” al infractor por no cumplir la norma porque ha defraudado las expectativas de lealtad a la ley que se le ha impuesto. Así pues, la imposición de la pena deja claro que la violación de la norma por parte del autor es irrelevante y que la norma sigue considerándose un patrón de comportamiento vinculante. Cuanto más importante es la norma para el ordenamiento jurídico de la sociedad en función de su autocomprensión, más grave es la contradicción en la norma (por la que se asume la responsabilidad); una característica de ello es el importe de la pena amenazada por el delito. Al mismo tiempo, se pide al autor que acepte el delito como reacción simbólica de decepción por la falta de lealtad a la ley expresada por su conducta: si miraba a su *Taus* desde la perspectiva de los demás, tendría que estar decepcionado por sí mismo y aceptar el castigo como represalia⁵⁴.

También en este caso, la principal crítica a esta opinión se basa en la objeción de que el castigo no está justificado (y limitado) por la culpabilidad personal del perpetrador, sino por la necesidad de la

⁵³ MURMANN, ob. cit., p. 28, nm 36.

⁵⁴ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 39, § 2, nm 15.

sociedad de estabilizar las normas. Si la confianza legal en una sociedad es particularmente débil, el perpetrador debe “servir” para fortalecerla. También en este caso, el autor es castigado en última instancia por el bien de los demás y degradado a un objeto (párr. 1º del art. 1º de la GG)⁵⁵.

7. Teoría de la unión

La teoría de la unificación combina elementos de teorías penales absolutas y relativas. El castigo debería ser básicamente oportuno, pero limitado por el principio de culpabilidad en el sentido de la teoría retributiva. Sin embargo, desde el punto de vista de una prevención general positiva, tal limitación no es necesaria, ya que un castigo que ya no es proporcional a la responsabilidad del infractor por la violación de la norma no proporciona integración social; un castigo excesivamente severo no es una compensación justa por una expectativa de decepción⁵⁶.

En la enseñanza y en la práctica ha prevalecido una teoría de la unificación que pretende llegar a un castigo justo a través de la limitación mutua de la compensación y la prevención de la culpa. Las sanciones sirven principalmente para compensar la culpa (§ 46 I.1 del StGB⁵⁷). Sin embargo, el castigo no debe ser un fin en sí mismo. Sólo se puede imponer en la medida en que sea necesario para disuadir a

⁵⁵ MURMANN, ob. cit., p. 28, nm 38.

⁵⁶ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 39, § 2, nm 16.

⁵⁷ § 46 Grundsätze der Strafzumessung. (1) 1Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. 2Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. (2) 1Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. 2 Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. (3) Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.

terceros o para influir en el delincuente (véanse los artículos 47⁵⁸ y 56⁵⁹ del StGB). Esto ha llevado al desarrollo de una teoría de la libertad de acción para la imposición de castigos, según la cual la culpabilidad sólo proporciona un límite superior e inferior de castigo permisible dentro del cual se pueden tener en cuenta los aspectos de prevención. Los detalles pertenecen a la teoría de la evaluación de la pena⁶⁰.

En la segunda parte, los elementos de la teoría de la unión también están relacionados con aspectos individuales del castigo⁶¹:

- La amenaza de castigo disuasivo preventivo general.
- La imposición de la pena es una represalia (culpable).
- La ejecución de las sentencias debe ser prevención especial.

⁵⁸ § 47. Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen. (1) Eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verhängt das Gericht nur, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. (2) 1Droht das Gesetz keine Geldstrafe an und kommt eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder darüber nicht in Betracht, so verhängt das Gericht eine Geldstrafe, wenn nicht die Verhängung einer Freiheitsstrafe nach Absatz 1 unerlässlich ist. 2Droht das Gesetz ein erhöhtes Mindestmaß der Freiheitsstrafe an, so bestimmt sich das Mindestmaß der Geldstrafe in den Fällen des Satzes 1 nach dem Mindestmaß der angedrohten Freiheitsstrafe; dabei entsprechen dreißig Tagessätze einem Monat Freiheitsstrafe.

⁵⁹ § 56. Strafaussetzung. (1) 1Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr setzt das Gericht die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird. 2Dabei sind namentlich die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat, sein Verhalten nach der Tat, seine Lebensverhältnisse und die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Aussetzung für ihn zu erwarten sind. (2) 1Das Gericht kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch die Vollstreckung einer höheren Freiheitsstrafe, die zwei Jahre nicht übersteigt, zur Bewährung aussetzen, wenn nach der Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten besondere Umstände vorliegen. 2Bei der Entscheidung ist namentlich auch das Bemühen des Verurteilten, den durch die Tat verursachten Schaden wiederzugutmachen, zu berücksichtigen. (3) Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wird die Vollstreckung nicht ausgesetzt, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet. (4) 1Die Strafaussetzung kann nicht auf einen Teil der Strafe beschränkt werden. 2Sie wird durch eine Anrechnung von Untersuchungshaft oder einer anderen Freiheitsentziehung nicht ausgeschlossen.

⁶⁰ KLESCZEWSKI, ob. cit., ps. 11/12, § 1, nm 22.

⁶¹ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 39, § 2, nm 17.

El StGB no se limita a una de las teorías de la pena. Además, la GG no establece claramente los incumplimientos a ésta. El StGB se basa más bien en una teoría de la unión: el § 46 I.1 menciona la culpabilidad como factor de evaluación del castigo y expresa más bien la idea de represalia, el § 46 I.2 contiene criterios preventivos especiales. El objetivo de la pena es la reinserción del delincuente en la comunidad de derecho; se le debe mantener en una vida sin delitos futuros, es una responsabilidad social. La prevención general, por ejemplo, se ha incorporado a la ley en el § 47 con la frase “defensa del Estado de Derecho”⁶².

Se ha criticado que la teoría de la unión justificaría un castigo basado en dos principios mutuamente excluyentes (culpabilidad y prevención), por lo que sería contradictorio y, por lo tanto, no podría determinar el castigo de manera comprensible. Por lo tanto, parece que el castigo no puede justificarse en absoluto. En cualquier caso, es imposible justificarla sobre la base de una pura teoría de la retribución o de la prevención. Sin embargo, dado que tampoco es posible combinar la igualdad de culpabilidad y la prevención como justificación para el castigo, la única tarea pendiente es tratar de armonizar la preocupación de la teoría de la prevención, la prevención del delito, con la compensación de la culpa. Se ha intentado ir por este camino sin llegar a una práctica europea coherente de toma de decisiones⁶³.

III. El proyecto de reforma de Ley de la KWG

Antes de comenzar se debe tener presente que la actividad bancaria que se desarrolla dentro de los límites de un Estado debe funcionar como un sistema, entendiendo por sistema a la interacción de un conjunto de elementos o componentes heterogéneos que permite dar funcionamiento o explica la complejidad de un determinado fenómeno, sea éste natural (un ecosistema), artificial (un automóvil) o cultural (el idioma), tenga escala macroscópica (el sistema solar), microscópica (el tejido de un ser vivo) o sea apreciable por el ojo humano sin

⁶² WESSELS, BEULKE y SATZGER, ob. cit., § 1, nm 12, p. 7.

⁶³ KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 12, § 1, nm 23.

necesidad de prótesis (el sistema eléctrico de un motor), revisa entidad material (el cuerpo humano) o sea una creación intelectual (el sistema métrico decimal)⁶⁴.

El bancario es un sistema mixto si se lo mira desde un ángulo de sus componentes, en la medida en que se integra con la banca estatal y la privada, y heterogéneo si se lo mira desde el ángulo de los intereses, pues no son los mismos los de la banca privada (predominio del lucro) que los de la banca pública (predominio del fomento). El funcionamiento del sistema bancario se regula por las reglas del mercado y por el conjunto de normas jurídicas entre las que se destacan la Ley de Entidades Financieras y la Carta Orgánica del Banco Central, organismo encargado de monitorear e intervenir en la actividad⁶⁵.

Así como los sistemas culturales se explican por su finalidad (sistema métrico decimal, calendario gregoriano, alfabeto), el bancario también se extiende (y legitima) por su finalidad; la finalidad del sistema bancario no es el propio sistema bancario, sino aquello para lo que sirve (y que lo legitima o justifica). Dicho de otro modo: la justificación de los sistemas culturales está fuera de ellos y, en el caso del bancario, es lograr o coadyuvar al logro de los cometidos constitucionales⁶⁶.

El fundamento de la reforma estuvo sustentado en las últimas crisis económicas, particularmente la del 2008⁶⁷, que fue generada por los

⁶⁴ ROSATTI, Horacio, *Sistema bancario y monetario argentino desde el Derecho Constitucional*, en *Tratado de Derecho Bancario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, p. 116.

⁶⁵ ROSATTI, ob. cit., p. 117.

⁶⁶ ROSATTI, ob. cit., p. 117.

⁶⁷ Cuenta Krugman que entre 2005 y 2007 tenemos ante nosotros un panorama en el que algunas personas prestaban alegremente mucho dinero a otras, que gastaban alegremente ese dinero. Las empresas estadounidenses prestaban su excedente de dinero a bancos de inversión, que a su vez utilizaban los fondos para financiar préstamos hipotecarios; los bancos alemanes prestaban su excedente de capital a bancos españoles, que también usaban los fondos para financiar créditos hipotecarios, etc. Algunos de esos préstamos se usaban para comprar casas nuevas de modo que los fondos acababan gastándose en construcción. Otros créditos usaban la casa como aval personal y se empleaban para adquirir bienes de consumo. Y como “tu gasto es mi ingreso”, había abundancia de ventas y era relativamente fácil encontrar trabajo. De repente paro la música. Las entidades crediticias se volvieron mucho más cautelosas a la hora de

bancos y afectó a los mercados a nivel mundial, es así como luego de la crisis el entonces ministro de Finanzas (*Finanzminister*) alemán *Wolfgang Schäuble* presentó el proyecto de ley que modificaba la KWG, con la finalidad de proteger riesgos y planificar la reorganización, resolución de entidades de crédito y grupos financieros. Así, la reforma de la KWG (*Kreditwesengesetzes*) es sancionada el 4 de marzo del 2013, entrando en vigencia en varias etapas el § 1 al día siguiente de su promulgación, el § 2 el 31 de enero del 2014 y los §§ 3 y 4 el 2 de enero de 2014⁶⁸.

Ahora bien, para comprender el valor que posee el § 54a de la KWG, es necesario interiorizarse sobre el preludio de esta normativa, el cual se encuentra en el proyecto de ley, proyecto que también incorpora el § 25, del cual surge la obligación y responsabilidad por la *mala gestión de riesgo*, por ello es importante tener una visión general del mismo, para luego abordar el parágrafo que trata la sanción penal de los directivos o gerentes ante una mala gestión de riesgos.

Los argumentos que sustentaban la idea del proyecto de reforma de la KWG tienen relevancia particularmente en la última crisis económica. Así, el § 1 del proyecto de ley tiene su justificación en la última crisis del mercado financiero, por tal motivo es que se debían desarrollar las modificaciones para reestructurar o liquidar a las instituciones financieras.

El § 2 del proyecto de reforma expresa que, en respuesta a la crisis financiera, ya se han tomado muchas medidas para salvaguardar la estabilidad del sistema financiero y reducir los riesgos derivados de aquellas transacciones especulativas. El proyecto de reforma eligió particularmente aquellas medidas que exigen mayores requerimientos de capital para las acciones bancarias. Por ejemplo: el aumento del dos-

conceder préstamos nuevos, la gente que había estado solicitando préstamos se vio obligada a recortar el gasto de forma radical. Y ahí viene el problema: no había nadie preparado para dar un paso adelante y gastar por ellos. De repente, el total de gasto en la economía mundial cayó, y como mi gasto es tu ingreso y tu gasto es mi ingreso, los ingresos y el empleo también cayeron (KURGMAN, Paul, *Acabemos con esta crisis*, 1ª reimp., Crítica, Buenos Aires, 2012, p. 40).

⁶⁸ Deutscher Bundestag, *Drucksache 17/12601. Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen. Gesetzentwurf der Bundesregierung*, del 4-3-2013.

cientos por ciento en los requisitos de capital para transacciones de negociación de los bancos del Grupo 1 de Basilea, lo que ciertamente ha provocado una disminución en las transacciones en cuestión. Además de la implementación de estas medidas, el proyecto manifiesta la necesidad de que las áreas de riesgo dentro de las entidades de crédito tengan mayor control y protección. Así las cosas, el proyecto sostiene que se deben tomar medidas a fin de proteger a los clientes de las actividades comerciales propias de los bancos y otras transacciones riesgosas del negocio financiero. A tales fines, divide la banca comercial de depósito (ahorristas) de la financiera, separando el negocio de bajo riesgo del de alto riesgo, evitando que los bancos comerciales jueguen con el dinero de los ahorristas como más le convenga al banquero⁶⁹.

⁶⁹ Las limitaciones sobre las participaciones industriales por parte de los bancos pretenden reducir el riesgo bancario al restringir la inversión en activos más arriesgados como son las acciones, frente a la inversión en créditos. Sin embargo, existen argumentos que cuestionan la eficacia de tales limitaciones para incrementar la estabilidad del sistema financiero. Y es que al prohibir participaciones bancarias se reduce la posibilidad de que los bancos aporten fondos a las empresas no sólo vía acciones sino también a través de deuda, pues los bancos podrían utilizar sus participaciones en el capital para conocer mejor la situación de la empresa y reducir sus reticencias a aportar fondos cuando existieran oportunidades de inversión rentables. Esta reducción de los problemas de selección adversa facilitaría unas más adecuadas inversiones por las empresas que reducirían tanto el riesgo de las acciones como el de la deuda que de la empresa posee el banco en dichas empresas. Además, los bancos podrían utilizar su participación en capital para intervenir en la toma de decisiones de la empresa *de acuerdo con su mayor aversión al riesgo y reducir así el riesgo de la empresa*. Estos argumentos podrían justificar, incluso, una disminución del riesgo del banco con la compra de acciones de empresas industriales, ya que la posesión de un activo más arriesgado se ve compensada con la disminución del riesgo tanto de la deuda como de las acciones poseídas de la empresa debido a la influencia que el banco puede ejercer como accionista en la toma de decisiones empresariales. El efecto final sobre el riesgo del banco depende teóricamente de la posición relativa del banco como accionista o acreedor de la empresa y se convierte en una cuestión empírica (Park, 2000). La evidencia empírica proporcionada por Barth *et al.* (2004) no muestra ningún beneficio asociado a separar banca e industria en términos de mayor estabilidad financiera o de reducir la probabilidad de crisis bancarias, mientras que Fernández y González (2005) muestran que las restricciones sobre las actividades de los bancos sólo reducen el riesgo bancario en países con débiles estándares contables y escasos controles de auditoría. Sin embargo, a medida que dichos procedimientos, contables

Los §§ 3 y 4 proponen la responsabilidad penal en aquellos casos en que la institución o la compañía ha sido mal administrada por quienes debían administrarla. Toda vez que, como señala el proyecto en el § 3, es necesaria la responsabilidad penal del directivo o gerente (ejecutivo financiero, corporativo, instituciones de créditos, servicios de seguros). En otras palabras, sería penalmente responsable si la institución o la compañía ha sido mal administrada, esto incluye la mala gestión de riesgos.

Se puede decir que el § 54a radica en el preludio de la reforma, así el proyecto de ley remarca en múltiples oportunidades que no sólo se encuentra en juego la estabilidad institucional, sino también el sistema financiero en su conjunto. Hace especial hincapié en las distorsiones que las crisis corporativas del sector bancario causan a los mercados financieros, atentando contra los presupuestos públicos debido a que el Estado debe salir en su ayuda⁷⁰.

En síntesis, el proyecto de ley posibilita particularmente que los gerentes sean considerados penalmente responsables cuando tengan injerencia sobre las crisis institucionales o de su empresa. Para ello, el proyecto de Wolfgang Schäuble tiene su fuente en el *incumplimiento de las obligaciones en la gestión de riesgos*, cuando éstas se hayan omitido o no se cumplimentaren como la ley manda, o que la BaFin interprete que tuvo alguna incidencia o duda sobre si se llevó a cabo correctamente la gestión de riesgo, puede, entonces, iniciar la acción penal del § 54a de la KWG.

Como se puede apreciar, la propuesta del proyecto tuvo su sustento en la existencia de una fuerte *gestión de riesgos* dentro del sistema

y de auditoría, se van desarrollando y facilitando una mejor supervisión tanto por los reguladores como por los agentes privados, se reduce la conveniencia de las restricciones legales ya que disminuye su eficacia relativa para controlar el riesgo del banco, mientras que se mantienen los efectos negativos asociados a los mismos y enunciados anteriormente (FERNÁNDEZ, Ana Isabel y GONZÁLEZ, Francisco, *Riesgo bancario: regulación, supervisión y entorno institucional*, en https://www.unioviado.es/fgonzalez/publications/_PEE_Riesgo_Bancario_Regulacion_Supervision_y_Entorno_Institucional.pdf, p. 9).

⁷⁰ Ver Deutscher, *Drucksache 17/12601. Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen. Gesetzentwurf der Bundesregierung* cit.

bancario-financiero, gestión que se debe realizar de acuerdo a lo indicado por la ley vigente en períodos no mayores a tres meses y debe tener la publicidad necesaria a fin de que ésta sea accesible para los clientes⁷¹.

IV. Análisis de los §§ 25 y 54a

Ahora bien, el § 54a⁷² de la KWG (*Strafvorschriften*) reza:

(1) Se impondrá una pena de prisión de hasta cinco años o una multa a toda persona que, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 25 quáter, apartado 4º, letra a), o en el artículo 25 quáter, apartado 4º, letra b), segunda frase, no garantice que una institución o un grupo de instituciones a las que se hace referencia en la misma tenga una estrategia, un proceso, un procedimiento, una función o un concepto de los que se mencionan en la misma y que, por lo tanto, ponga en peligro la continuidad de la existencia de la institución, de la empresa del Estado o de una institución que pertenezca a dicho grupo.

(2) Quienquiera que cause negligentemente el peligro en los casos del párrafo 1º será castigado con una pena de prisión de hasta dos años o con una multa.

(3) El delito sólo será punible si la Autoridad Federal de Supervisión

⁷¹ Ver Deutscher, *Drucksache 17/12601. Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen. Gesetzentwurf der Bundesregierung* cit.

⁷² § 54a *Strafvorschriften*:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 25c Absatz 4a oder § 25c Absatz 4b Satz 2 nicht dafür Sorge trägt, dass ein Institut oder eine dort genannte Gruppe über eine dort genannte Strategie, einen dort genannten Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt, und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts, des übergeordneten Unternehmens oder eines gruppenangehörigen Instituts herbeiführt.

(2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 die Gefahr fahrlässig herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Die Tat ist nur strafbar, wenn die Bundesanstalt dem Täter durch Anordnung nach § 25c Absatz 4c die Beseitigung des Verstoßes gegen § 25c Absatz 4a oder § 25c Absatz 4b Satz 2 aufgegeben hat, der Täter dieser vollziehbaren Anordnung zuwiderhandelt und hierdurch die Bestandsgefährdung herbeigeführt hat.

Financiera ha ordenado al infractor remediar la violación del artículo 25c, apartado 4a o del artículo 25c, apartado 4b, segunda frase, mediante una orden de conformidad con el artículo 25c, apartado 4c, el infractor ha contravenido esta orden ejecutiva y, por tanto, ha puesto en peligro la existencia del delito.

El proyecto de ley reforma particularmente los §§ 25 y 54 de la KWG⁷³; el que más nos interesa en este caso es el § 54 bajo el título *Disposiciones penales, reglamentación de multas*; no sólo impone penas de multas, sino que tiene sanciones que van de los 3 a los 5 años de prisión para el gerente que no ha cumplimentado con el correcto análisis de gestión de riesgos o que no cumplió con los modos exigidos por la ley para la gestión de riesgos.

Así la KWG especifica concretamente cuáles son las obligaciones de los directivos de las instituciones financieras, cuáles son los requisitos administrativos legales de riesgo y cuáles son las posibilidades de penalizar a los gerentes por dicho incumplimiento; la sanción al gerente por la mala gestión de riesgos puede ir hasta 5 años (§ 54a).

En el § 25c (3) de la KWG bajo el título *Geschäftsleiter* enumera los requisitos que se deben cumplir en la gestión de riesgos. El párrafo explícitamente indica que el gerente general es responsable por una organización empresarial adecuada, los líderes empresariales deben adherirse a los principios de buena conducta comercial/empresarial y comportarse de acuerdo a ellos, así como implementar estos principios; establecer dentro de la empresa o banco los principios de una gestión adecuada para garantizar los cuidados necesarios en la gestión de la institución, particularmente mediante el establecimiento de una separación de funciones en la organización y las medidas para prevenir conflictos de intereses y asegurar la aplicación de éstos.

El § 25c (3) exige que el gerente se dedique el tiempo suficiente a definir estrategias y evaluar riesgos, en particular a lo que implica riesgos de mercado y riesgos operacionales; debe garantizar una estructura corporativa apropiada y transparente que se encuentre alineada con las políticas de la compañía, que tenga en cuenta la transparencia de las actividades comerciales de la institución que se requirieren para

⁷³ Gesetz über das Kreditwesen.

una gestión de riesgos efectiva y adecuada. El artículo exige que el gerente tenga los conocimientos necesarios para manejar la estructura de la compañía y conocer los riesgos asociados a su labor institucional, esta obligación también se les exige a los gerentes de la casa matriz de cualquier empresa.

La KWG pone en cabeza del gerente la obligación de garantizar la exactitud de los informes contables y financieros; esto *incluye los controles necesarios*, el cumplimiento de los requisitos legales y las normas pertinentes, así como la obligación de monitorear los procesos de publicidad y comunicación.

Todo ello nos lleva a pensar que el rol del banquero o del gerente es el de buen hombre corporativo, esto quiere decir que posee un status especial frente a la sociedad; esta idea entiendo que también surge de la ley, las instituciones bancarias cuando realizan una mala gestión del riesgo no sólo se afectan a sí mismas, sino también a las personas que dependen de los bancos, pero esa mala gestión del riesgo afecta particularmente a las personas que conforman la sociedad, no debemos olvidar que esas mismas personas luego deben mediante sus impuestos salir a salvar a un grupo de banqueros que en su maximización de la rentabilidad decidieron detractar en vez de cooperar con el sistema económico-financiero, y de esta manera llevaron al colapso del sistema.

La *Kreditwesengesetzes* exige, tal vez no al banquero pero sí al gerente general o al gerente de la sucursal, incorporar a su cálculo *costo-beneficio* o *trade off* la función social, esto debido a la sanción penal que podría recaer sobre él. Pero de manera indirecta afecta al banquero si éste pide que se realicen acciones contrarias a esta ley; ello puede tener una negativa por parte del gerente, toda vez que sería este último quien afrontaría una sanción penal; de esta manera el banquero debe incorporar el costo social de sus acciones de maximización.

La KWG evita plantearse si corresponde o no aplicarle una sanción al gerente habiendo múltiples medios u organismos de control dentro de la empresa financiera, hace responsable al gerente por la elección del medio de control, por las acciones de los empleados, por no controlar a los empleados, etcétera. Por ello, no importaría cuántas personas tenga por debajo el gerente o en cuántos delegue el control de riesgo,

es siempre él el responsable. En otras palabras, para la KWG, el gerente es el garante del riesgo que tome la empresa y de sus consecuencias.

La ley a estudio exige que las instituciones bancarias presenten la información relevante sobre sus situaciones financieras (información financiera) inmediatamente después del final de cada trimestre del *Deutsche Bundesbank*. Las entidades de crédito también deben presentar información sobre su capacidad de asumir riesgos (de conformidad con el § 25^a [1], párr. 3^o) y sobre los procedimientos que exige la ley (§ 25^a [1], § 3, número 2) (información sobre la capacidad de riesgos) una vez al año en una fecha que impone la BaFin.

Cuando el legislador sancionó el § 54a de la KWG, lo hizo basándose en la idea de que hasta el momento no había posibilidades de imputar una responsabilidad penal en aquellos casos en que los bancos o la institución financiera habían realizado una mala gestión financiera o una mala gestión de riesgos. Los hechos existentes en la última crisis económica no encontraban soluciones ni en la parte general ni en la parte especial del Derecho Penal, siendo posible sólo castigar otras acciones (por ejemplo, la administración desleal) que la doctrina y la jurisprudencia entendieron que esos tipos penales no entraban en la acción realizada por los banqueros. Bajo estos argumentos y uno de los más importantes *que en la mala gestión de riesgos no sólo está en juego la estabilidad de la empresa, sino del sistema financiero en su conjunto, es que los legisladores alemanes entendieron que debía sancionarse el § 54a*⁷⁴.

Simplificado, el § 54a de la KWG es penalizar las violaciones de los directores de las empresas contra las obligaciones de gestión de riesgos, sin importar si es la casa matriz o una sucursal; si genera tal infracción supone una amenaza para la existencia de la institución. Sin embargo, la responsabilidad penal sólo es posible si hay una orden ejecutiva de que la entidad bancaria ha infringido la obligación impuesta por la KWG, en otras palabras, es la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (BaFin, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungs-*

⁷⁴ GEHLEN, Leonhard, *Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach § 54a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, p. 80.

aufsuch) la que indica si las entidades bancarias o financieras han incumplido las obligaciones de gestión de riesgos, a partir de ese momento puede iniciarse el proceso penal contra el CEO o gerente (§ 54a [3], KWG). De la misma manera, es la autoridad de la BaFin la que dispone si el CEO ha cumplimentado correctamente con la obligación de gestión de riesgo. Como medida preventiva el § 54a de la KWG exige que siempre la entidad designe gerentes responsables de la gestión de riesgos para evitar futuras crisis corporativas causadas por una mala administración; así, en el caso de que la crisis financiera ponga en peligro la estabilidad financiera, las personas a nivel gerencial responderían de forma individual frente a la acusación penal por el mal desempeño de la gestión de riesgos⁷⁵.

V. El § 54a y su interpretación en la teoría de la pena

Finalizado el preludio, es hora de dar comienzo con el verismo del § 54 de la KWG y su interpretación en la teoría de la pena.

El § 54 de la KWG es prácticamente el párrafo más importante de la ley, ya que le da un poder de expansión de los poderes de investigación a la BaFin; dicha investigación también le permite combatir el lavado de dinero, el uso ilegal de empresas y las operaciones no autorizadas de transacciones bancarias y de servicios financieros a través de una investigación centralizada. Los bancos a partir de la KWG están comprometidos a participar en la aclaración de los hechos que les exija la BaFin si no quieren terminar en un proceso penal por el § 54 de la KWG⁷⁶.

En un primer momento, el § 54 recibió la crítica basada en que no tenía ningún sentido toda vez que la sanción era muy baja, y el proceso de imputación muy complejo, por consiguiente, se discutía si tenía algún sentido haber sancionado esta norma penal⁷⁷. Así es que Leonhard Gehlen se pregunta cuál es la relevancia práctica esperada del § 54a de la KWG, ¿es represión, prevención o sólo una pena simbólica?⁷⁸

⁷⁵ GEHLEN, ob. cit., ps. 27/28.

⁷⁶ NESTLER, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht* cit., p. 320.

⁷⁷ GEHLEN, ob. cit., p. 336.

⁷⁸ GEHLEN, ob. cit., p. 331.

Para la profesora de la Universidad de Bayreuth Nina Nestler, la supervisión bancaria está dirigida a entidades de crédito y servicios financieros. Los objetivos de esta supervisión bancaria dejan claro que la norma se centra principalmente en la prevención. El elemento clave aquí son las amplias obligaciones que carga un gerente en relación con la aprobación de la gestión de riesgo. Para lograr este propósito preventivo, la BaFin también emite una gran cantidad de circulares y comunicaciones como normas administrativas estándar que tienen un efecto vinculante con el proceso penal y la aplicación de la pena⁷⁹.

Para poder dar una respuesta, dice Gehlen que es necesario volver al objetivo del § 54a de la KWG. Éste está destinado a colaborar con la prevención de las crisis corporativas que se benefician de una mala administración en la gestión de riesgos y cuando corresponda también a prevenir cualquier crisis bancaria y financiera que resulte de esa mala gestión. Sostiene que el riesgo de las crisis bancarias y financieras siempre ha existido y continuarán en el futuro, pero cree que la crisis financiera que comenzó en 2007 fue ciertamente única y de particular importancia por su impacto en los mercados a nivel global, pero también es cierto que el mercado financiero se ha visto afectado por otras crisis importantes y las características básicas son generalmente similares. En general, es sabido que se esperaban crisis significativas en los últimos 100 años cada 13 años, con un calendario más ajustado desde 1973. Para el citado autor, las crisis son regularmente precedidas por burbujas de especulación que se basan en negocios de riesgo. Ahora bien, el riesgo es indispensable, porque “el negocio es un negocio de riesgo” y el riesgo es inmanente a la economía. Sin embargo, la prevención de las crisis se podría lograr identificando, evaluando, controlando esos riesgos. Esto sería posible en una gestión de riesgos razonable y efectiva; así el § 54a está destinado mediante una sanción penal de carácter preventivo a garantizar el cumplimiento de una correcta gestión de riesgos⁸⁰.

Continúa diciendo Gehlen que el § 54a realmente tiene un efecto preventivo, pero es cuestionable en vista de su débil significado re-

⁷⁹ NESTLER, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht* cit., p. 314, nm 761.

⁸⁰ GEHLEN, ob. cit., p. 336.

presivo. No se espera de él una prevención general positiva; sin embargo, podría ser útil desde la prevención general negativa, toda vez que sería la amenaza punitiva contenida en el § 54a lo que promovería el cumplimiento de los requisitos de gestión de riesgos y el cumplimiento de las disposiciones del § 25c (4c)⁸¹.

Como es sabido el § 54a prohíbe ciertos negocios y aquellas transacciones bancarias sin permiso. La disposición contiene una referencia interna a las regulaciones correspondientes a la KWG, a saber: § 3 de la KWG, que estandariza todo un catálogo de transacciones bancarias prohibidas y el § 32 de la KWG, que regula el requisito de autorización para transacciones bancarias⁸². En otras palabras, el § 54 no sólo prohibió las transacciones, sino que también las operaciones sin permiso de los servicios bancarios y financieros, pero también los clásicos errores administrativos⁸³; todas estas prohibiciones o errores pueden terminar en una denuncia penal por parte de la BaFin.

⁸¹ GEHLEN, ob. cit., p. 336.

Dice el profesor Kleszczewski que, según el concepto normativo de culpabilidad que prevalece hoy en día en el Derecho Penal, el cual está representado en muchas variantes, el injusto se ve en el acto contrario al deber, la culpabilidad; por otra parte, en la reprochabilidad de esta acción con respecto a la formación de la voluntad que se ha hecho efectiva en ella. El concepto normativo de culpabilidad también prevalece en la literatura sobre el Derecho Penal Administrativo (KLESCZEWSKI, Diethelm, *Ordnungswidrigkeitenrecht. 2 Auflage*, Academia Iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Vahlen, München, 2016, p. 104, nm 322). Lo que habla a favor de esta enseñanza es que entiende el injusto como una expresión personal sentida. Con la separación de la voluntad de actuar y la formación de las voluntades, este enfoque también toma una distinción correcta en la doctrina de la atribución, que se ha probado en una larga tradición fundada por Aristóteles (384-322 a. C.) y renovada decisivamente por Samuel von Pufendorf (1632-1694). Contra esta doctrina, sin embargo, hay que decir con decisión que por su parte determina objetivamente el error de formación de la voluntad quedándose atrás de la norma. De este modo, la distinción entre injusticia y culpa se nivela de nuevo (KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 104, nm 323). Por lo tanto, es preferible utilizar el concepto de mala conducta deliberada. Según ésta, la culpabilidad o reproche consiste en la libre decisión de cometer un injusto. La culpabilidad es un proceso de toma de decisiones, basado en la comprensión de lo legalmente correcto, para elevar la injusticia a la máxima. Esto corresponde a la imagen humana de la Ley Fundamental y a las tradiciones de la filosofía jurídica que se reflejan en ella, que ven la base de la ley en la autodeterminación del hombre (KLESCZEWSKI, ob. cit., p. 104, nm 324).

⁸² NESTLER, ob. cit., p. 319.

⁸³ NESTLER, ob. cit., p. 320.

Ahora bien, independientemente de las particularidades del Derecho Penal Económico, no es fácil determinar en qué medida, según los estándares de los autores, tendría un efecto preventivo a través de la disuasión penal; los trabajos empíricos han demostrado que la disuasión desde el Derecho Penal no es algo seguro. Pero en el campo del Derecho Penal Económico los actores pueden ser particularmente sensibles a la disuasión de la pena utilizando la prevención, esto debido a que actúan de una manera particularmente racional y son especialmente sensibles al ostracismo social asociado con un castigo estatal⁸⁴.

Es importante remarcar que el § 54a de la KWG debe aplicarse de acuerdo con los principios tradicionales de la ciencia penal. Esto es que se aplican los principios del Derecho Penal y del Procesal Penal. El tipo penal tiene su aplicación también sobre los propietarios o ejecutivos de empresas de crédito. De hecho, como se ha visto la norma apunta a las personas que dirigen las empresas en cuestión y por lo tanto son los que hacen los negocios que llevan a los problemas económicos (ver § 14 [1], StGB). De esta manera los empleados de la empresa o bancos comerciales sólo pueden ser partícipes, pero no autores del hecho punible⁸⁵.

La pregunta es: ¿por qué, a pesar de la falta de riesgo de condena y una pena baja, los asesores, por supuesto, recomendarían a los directores seguir las indicaciones de la KWG? ¿Y por qué comúnmente se supone que los directores seguirían este consejo?

El motivo es que el interés de cumplimiento del gerente emana del § 54a de la KWG, que podría residir en el hecho de que en el caso de incumplimiento de la norma y de correr un riesgo la institución, debido a una gestión de riesgo sospechosa, esto puede llevar a que tenga lugar una investigación preliminar y, posiblemente, un proceso penal. Por lo tanto, si una institución podría estar en riesgo, difícilmente se pueda evitar el inicio de una investigación preliminar. La sospecha inicial, por más pequeña que sea, debe recaer sobre los directores o gerentes de la empresa o banco comercial. Los fiscales han demostrado en los últimos años que no tienen miedo de confrontar incluso con

⁸⁴ GEHLEN, ob. cit., p. 337.

⁸⁵ NESTLER, ob. cit., p. 322.

los mejores CEO y de ser necesario acusarlos (como fueron los casos de Josef Akermann, Thomas Middelhoff y Jürgen Fitschen), sólo hay que recordar a los numerosos ejecutivos del *Landesbank*, que tuvieron que responder ante el tribunal después de la crisis financiera⁸⁶.

Es probable que los directores que reciben una orden de conformidad con el § 25c (4c) de la KWG activen la alarma. Una orden de la autoridad supervisora significa para los gerentes una advertencia, que puede resultar en algunos casos en una condena; eso quiere decir que existe al menos un porcentaje de que se le inicie una investigación que derive en un proceso penal. Es probable que el solo hecho de imaginarse esa situación de pasar por un proceso penal tenga un efecto disuasorio considerable en el grupo de personas que ostentan cargos gerenciales⁸⁷.

VI. Conclusión

Ahora bien, Goethe en la escena II, segunda parte, del *Fausto* (1831), a través de Mefistófeles crea la inflación, cuando en la escena del Palacio Imperial (salón del trono), frente al emperador comienzan a llegar con noticias malas su canciller, su generalísimo, su mariscal, todos ellos con un mismo discurso: que el dinero no alcanza para pagar los gastos del Imperio, desde el ejército hasta los banquetes, etcétera⁸⁸.

Mefistófeles, ante los reclamos de los ministros de la Corte, da la idea de que el emperador imprima su propio papel moneda, el cual se encontraría respaldado por tesoros que hay enterrados por todo el Imperio que nadie conoce, y nadie sabe dónde están enterrados. En otras palabras, está diciendo: imprima dinero sin que éste tenga respaldo, pero siempre con el mensaje de que es a favor del pueblo.

Canciller: “Comado de fortuna en mis viejos días. Oid y mirad la providencia hoja que todo mal en bien ha mudado (lee): Se hace saber a quien lo desee: el presente papel vale mil coronas. Como garantía

⁸⁶ GEHLEN, ob. cit., p. 339.

⁸⁷ GEHLEN, ob. cit., p. 339.

⁸⁸ GOETHE, Johann Wolfgang, *Fausto*, ed. bilingüe de Helena Cortes Gabaudan, Abada.

cierta, le sirven de seguro innumerables bienes enterrados en el imperio. Se ha dispuesto que, una vez extraído, el rico tesoro sirva como reintegro”⁸⁹.

Así podríamos decir que el emperador no tuvo en cuenta, en palabras de Zaczyk, que las acciones han de ser entendidas no sólo (necesariamente) como acciones autodeterminadas por el individuo sino también como acciones que tienen reacción con otros seres humanos. De este modo, la autorresponsabilidad recibe en este punto un doble significado: por una parte, se trata de la libertad puesta en acción del uno (de quien actúa) pero, por la otra, cuando se plantea la cuestión de la corrección jurídica de su actuar, se trata del respeto a la libertad del otro. Las relaciones interpersonales como relaciones de reconocimiento son, de este modo, relaciones creadas recíprocamente por los individuos como sujetos responsables⁹⁰.

Goethe le da al *diablo* la autoría de la inflación, dejando ver que las crisis económicas son un mal contra la autonomía de las personas, que se generan por las ambiciones desmedidas de aquellas con cierto poder. En la ambición por la maximización fuera del control establecido, el banquero atenta contra el sistema de cooperación, no por el mero hecho de maximizar sus propios beneficios por sobre los de las personas que conforman la sociedad, sí, en cambio, por la búsqueda desmedida de maximizar sus beneficios atentando contra el núcleo social.

Ello se debe a que el banquero posee un rol especial, y si éste se abusa del sistema de cooperación, atenta contra la voluntad de las personas; ello debido a que las personas no pueden maximizar su autonomía dentro del sistema de cooperación⁹¹. Las crisis econó-

⁸⁹ GOETHE, ob. cit., p. 416, Parte II, Escena IV, nm 6060, 6065.

⁹⁰ ZACZYK, Rainer, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, 1ª ed., Universidad de Colombia, Colombia, 2010, p. 263.

⁹¹ Mises (1981 [1912]) llega a la conclusión de que las causas del ciclo económico no hay que buscarlas en una hipotética disfunción de la economía de mercado. En última instancia, la causa principal se encuentra en la manipulación del dinero y del crédito por las autoridades monetarias (BETANCOURT GÓMEZ, Rebeca, *La teoría de los ciclos económicos de Friedrich von Hayek: Causas monetarias, efectos reales*, en *Cuaderno de Economía*, vol. 27, N° 48, Bogotá, enero/junio de 2008, Universidad Nacional de Colombia, nota 16, p. 61).

micas no permiten que las personas ejerzan su autonomía plenamente por los inconvenientes que ellas acarrearán.

Las consecuencias económicas que llevan la falta de inclusión por parte del banquero de los costos sociales que generarían sus acciones son las mismas que provocó el emperador al escuchar a Mefistófeles, y esas malas decisiones basadas en el beneficio propio del banquero son pagadas por las personas mediante impuestos.

¿Qué ocurriría si los banqueros, gerentes o presidentes de las entidades económicas-financieras, quienes ostentan roles especiales, sabrían que se les podría aplicar una pena? La pena en este caso tendría un fin, el de generar costas sobre la ganancia que obtiene el banquero por detractar con el sistema; la idea no está puesta en ocasionar miedo, sino de costos por sobre ganancia de sus acciones obtenidas por la negación al Derecho, lo que implica detractar contra el sistema de cooperación, así la pena cumple una función de incentivo o motivación.

Podríamos decir, entonces, que la pena del § 54a de la KWG en el sistema bancario tiene la función de incentivo *ex ante*, con la idea de que el banquero a la hora de realizar sus cálculos (costos-beneficio) incluya dentro de éste el daño social que podrían ocasionar sus acciones.

Otro punto que podría influir serían los procedimientos preliminares, y, en particular, la audiencia principal, que suponen una carga enorme para el trabajo de los gerentes altamente involucrados. Un ejemplo puede ser un caso penal presentado contra el ex Co-CEO de *Deutschen Bank Fitschen* y otros exdirectores de bancos ante el tribunal de distrito de Múnich I, en el que fueron acusados de fraude. Esto trajo serios problemas para los bancos alemanes. En vista de esto resulta una preocupación de los directores o gerentes evitar la responsabilidad penal que impone el § 54a de la KWG, incluso realizan un esfuerzo por evitar la mínima sospecha a fin de evitar que la BaFin comience las instrucciones contra la autoridad de la empresa⁹².

Gehlen incorpora una consecuencia indirecta pero que aporta a esta idea de la prevención general negativa, y es que las investigaciones preliminares y cualquier proceso penal posterior contra los acreedores comerciales de instituciones financieras o bancos suscitan un fuerte

⁹² GEHLEN, ob. cit., p. 339.

interés en los medios de comunicación⁹³, lo que implicaría que la actuación de los gerentes o CEO sería pública, y ello los llevaría a un posible ostracismo de sus pares.

Así, a pesar de la gran falta de importancia represiva del § 54a debido a que la cuantía de la pena es baja, se espera que esto aumente la preparación de los gerentes generales para adherirse a las pautas de la BaFin con respecto a la gestión de riesgos. En la medida en que el § 54 de la KWG tiene un efecto preventivo en términos de una prevención general negativa, esto no se debe a una condena inminente según el § 54a de la KWG, sino al interés de los directores o gerentes investigados a fin de evitar un proceso penal⁹⁴, toda vez que una de las cosas más importantes en la vida empresarial y bancaria es el nombre que se hagan dentro del mercado o lo que se conoce como la reputación.

Esta idea permite comprender la necesidad de la sanción penal al banquero en aquellas acciones que generen externalidades negativas a la sociedad. Por ello, la idea de la sanción penal ante el mal análisis de riesgo es una forma que el banquero incorpora en sus cálculos costos-beneficios: la sanción penal como un costo por detractar con el sistema social.

VII. Bibliografía

BERND, Rudolph, *Bankregulierung zur Lösung des "too big to fail". Problems*, en <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0042-059X-2014-2-72/bankregulierung-zur-loesung-des-too-big-to-fail-problems-jahrgang-68-2014-heft-2>.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, B de F, Madrid, 2014.

Deutscher Bundestag, *Drucksache 17/12601. Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen. Gesetzentwurf der Bundesregierung*, del 4-3-2013.

FRISTER, Helmut, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Kurz-Lehrbücher. 7 Auflage*, C. H. Beck.

⁹³ GEHLEN, ob. cit., p. 339.

⁹⁴ GEHLEN, ob. cit., p. 341.

- GEHLEN, Leonhard, *Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach § 54a KWG. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung von Banken Krisen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- GOETHE, Johann Wolfgang, *Fausto*, ed. bilingüe de Helena Cortes Gabaudan, Abada.
- KABAS DE MARTORELL, María E. (dir.), *Tratado de Derecho Bancario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I.
- KANT, *Methaphysik der Sitten*, *Werkausgabe BD 8*, 1977, S. 455.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Nomos, § 2, nm 8.
- KLESCZEWSKI, Diethelm, *Ordnungswidrigkeitenrecht. 2 Auflage*, Academia Iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Vahlen, München, 2016.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Das examensrelevant Kernwissen im Grundriss*, Leipziger Universitätsverlag, 2017.
- KURGMAN, Paul, *Acabemos con esta crisis*, 1ª reimp., Crítica, Buenos Aires, 2012.
- MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. 3 Auflage*, Beck, München, 2015.
- NESTLER, Nina, *Bank und Kapitalmarktstrafrecht*, Springer, Berlin, 2017.
- WESSELS, BEULKE y SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 44 Auflage*, C. F. Müller.
- ZACZYK, Rainer, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, 1ª ed., Universidad de Colombia, Colombia, 2010.