

El uso contrario al deber de dineros públicos en el derecho penal alemán*

Dorothee Lang**

Recibido: 7 de abril de 2015 • Revisado: 15 de abril de 2015

Aprobado: 7 de mayo de 2015

Resumen

Para el enjuiciamiento penal del uso contrario al deber de dineros públicos, es de gran relevancia la norma establecida en el parágrafo 266 del Código Penal Alemán (CP). En virtud de dicha norma se presupone responsabilidad penal por delito de administración desleal a aquel que teniendo una posición de deber de tutela patrimonial, por medio de una conducta dolosa de infracción del deber, cause un perjuicio patrimonial a otro. El problema que se presenta en el caso de uso de dineros públicos, se encuentra en que no toda conducta que infrinja el deber da como resultado un perjuicio patrimonial, con lo cual la responsabilidad penal queda básicamente excluida. La jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo indica, sin embargo, que para determinar si se ocasionó un perjuicio patrimonial, la integridad de la voluntad del legislador debe jugar algún papel. Pero en virtud del bien jurídico tutelado por el parágrafo 266 del CP, es decir, el patrimonio, esto es bastante dudoso. Para evadir la problemática se sigue abogando por el establecimiento de reformas legales que tengan como resultado la creación de un nuevo tipo penal en el que la presencia de un perjuicio patrimonial no sea necesaria.

Palabras clave: el uso contrario al deber de dineros públicos, administración desleal, perjuicio patrimonial.

* El proyecto de investigación por el cual se emite el presente artículo, ha sido financiado por el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). La investigación hizo parte de los proyectos académicos del año 2013 pajo el título general "Economía y Estado"..

** Doctora en Derecho Penal, Universidad de Tübingen/Constanza, Alemania. Docente en la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Tübingen/Constanza, Alemania. Correo electrónico: dorothee.lang@uni-tuebingen.de

THE MISAPPROPRIATION OF PUBLIC FUNDS IN GERMAN CRIMINAL LAW

Abstract

For the criminal prosecution of misappropriation of public funds is of great importance the rule stipulated in paragraph 266 of the German Criminal Code. Under that provision is presupposed criminal liability for the crime of disloyal administration of those who having a position of duty of economic custody, by a willful behavior of the breach of duty, cause economic damage to another. The problem that arises in the case of misappropriation of public funds, is that not all conduct that infringes the duty results in an economic loss, thus the criminal liability is basically excluded. The case-laws of the Federal Supreme Court indicates, however, that to determine whether an economic damage was caused, the integrity of the will of the legislator should play some role. But considering the legally protected right by paragraph 266 of the Criminal Code, i.e., the estate, this is quite doubtful. To avoid the problem it is continued to advocate for the establishment of legal reforms that have resulted in the creation of a new type of criminal offense where the existence of an economic damage is not necessary.

Keywords: Misappropriation of public funds, disloyal administration, economic damage.

A UTILIZAÇÃO CONTRÁRIA AO DEVER DE DINHEIROS PÚBLICOS NO DIREITO PENAL ALEMÃO

Resumo

Para o julgamento penal do uso contrário ao dever de dinheiros públicos é de grande importância a regra prevista no paragrafe 266 do Código Penal Alemão (CP). Segundo desta disposição pressupõe-se responsabilidade penal pelo crime de administração desleal para aquele que tendo uma posição do dever de tutela patrimonial, por causa de uma ação fraudulenta de violação do dever, cause um prejuízo patrimonial para o outro.

O problema que se apresenta no caso da utilização dos dinheiros públicos, encontra-se em que nem todo o comportamento que infrinja o dever tem como resultado um prejuízo patrimonial, com o qual a responsabilidade penal fica basicamente

excluída. A jurisprudência do Tribunal Federal Supremo indica, no entanto, que para determinar se foi produzido um prejuízo patrimonial, a integridade da vontade do legislador deveria desempenhar algum papel. Mas, sob o bem jurídico tutelado pelo paragrafe 266 do CP, ou seja, o patrimônio, isto é bastante duvidoso. Para evitar o problema continua-se a defender o estabelecimento de reformas legais que resultaram na criação de um novo tipo penal em que a presença de uma perda patrimonial não seja necessária.

Palavras-chave: O uso contrário ao dever de dinheiros públicos, administração desleal, prejuízo patrimonial.

Introducción

Desde hace mucho es reconocido, que al lado del patrimonio privado también es el patrimonio público objeto de protección del derecho penal (Widmaier, 2009). Ello significa, que los responsables para escaparse de una responsabilidad penal, deben manejar con diligencia el dinero público, ellos no deben usar este dinero de manera inapropiada o indebida.

Observando los informes anuales del Tribunal Federal de Cuentas¹, se tiene la impresión de que el dinero público y especialmente el dinero proveniente de los impuestos, es derrochado. El Tribunal Federal de Cuentas es la mayor autoridad federal que está encargada de verificar el presupuesto y la administración económica de la Federación. Anualmente este realiza un informe del uso de los ingresos y gastos de alrededor de 540 mil millones de euros anuales de la Federación, que son alrededor de 1.300 billones de pesos colombianos.

De acuerdo al informe del año 2012, se puede observar que desde hace años la Oficina Federal de Seguros no ha podido argumentar claramente las considerables adquisiciones y administración de aparatos de tecnología de la información (anotación del Tribunal Federal de Cuentas alemán, 2012, p. 29). La documentación que probaría la necesidad de estos equipos-IT, no pudo probar dicha necesidad ante el Tribunal Federal de Cuentas. Los empleados de la Oficina Federal de Seguros fueron por ejemplo dotados desmesuradamente con computadores y equipos celulares, hasta el punto en el que para 10 empleados fueron realizados 27 contratos de

¹ Disponible en <http://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/bemerkungen-jahresberichte/2012/2012-bemerkungen-gesamtbericht-pdf>

telefonía celular (Ibídem, p. 205). Otro ejemplo es la evitable superación de costos para la reconstrucción de la Oficina Federal de Medio Ambiente. Esta debería haber sido un ejemplo de modelo ecológico y energético de eficiencia constructivo. Pero la verificación del Tribunal Federal de Cuentas reveló que los costos de construcción del nuevo edificio la Oficina Federal de Medio Ambiente fueron alrededor del 50 % más altos que en el caso de otros edificios federales comparables, por esta razón, este modelo constructivo no puede ser visto como un ejemplo de sostenibilidad (anotación del Tribunal Federal de Cuentas alemán, 2012, p. 245).

Resulta de interés analizar si la situación dispuesta anteriormente puede ser subsumida dentro del tipo penal del parágrafo 266 del CP. Para ello, primero se mostrarán cuáles requisitos deben existir para la realización del parágrafo 266 del CP, (A.II.), luego se mencionará tanto una constelación de casos de la responsabilidad penal por la administración desleal del presupuesto no problemática (B.I.), así como una constelación problemática (B.II). Seguido se dará una mirada a la propuesta de reforma de Schünemann (Gutachten, 2011, pp. 40-49), entregada en su informe a la Confederación de Contribuyentes alemanes en el año 2011, en la cual, este aboga por la implementación de un nuevo tipo penal y multas administrativas, para poder combatir de manera efectiva la malversación del dinero público. Por último, y antes de concluir, se pondrá de relieve por medio de la comparación con la situación legal en Colombia las diferencias entre los dos ordenamientos jurídicos.

Relevancia para el derecho penal

En este contexto es de relevancia penal en particular la norma establecida por el parágrafo 266 del código penal alemán (CP). En virtud de este parágrafo, será objeto de responsabilidad penal, aquel que dolosamente como titular del deber de tutela patrimonial, por la infracción del deber, causa un perjuicio en el patrimonio o en los intereses patrimoniales ajenos.

El uso contrario al deber de dineros públicos es señalado como la “administración desleal del presupuesto”. El concepto de administración desleal del presupuesto puede ser explicado, partiendo de que los activos el patrimonio público son adquiridos a través de los impuestos, tasas y otros gravámenes (Haushaltsuntreue, 2001, p. 1; Weiß, 1978, pp. 1-4). En un determinado plan de presupuesto es decidido cuáles fondos públicos de la administración estarán disponibles, así como su propósito.

En virtud de la planeación del presupuesto obtienen los fondos públicos (fondos presupuestales) una finalidad determinada (Munz, 2001, p. 1). Considerando lo anterior, el uso doloso contrario al deber de fondos presupuestales está contenido dentro del concepto de *administración desleal del presupuesto*.

Ámbito de aplicación principal de los requisitos de la administración desleal

Para la punibilidad del párrafo 266 del CP, la persona que tiene una posición de deber de tutela patrimonial por medio de una conducta dolosa de infracción del deber, debe causar un perjuicio en el patrimonio o en los intereses patrimoniales de otra persona.

1. Titular del deber de tutela patrimonial como autor idóneo del delito

Autor de este delito solo puede ser la persona que sea titular del deber de tutela patrimonial. Se trata entonces de una posición especial de deber debida al patrimonio ajeno, por la cual debe poseer una plena facultad autónoma de decisión sobre el patrimonio (Wittig, 2010). En la administración desleal del presupuesto entra en consideración la persona que está obligada a la custodia o tutela de los fondos presupuestarios (por ejemplo, los funcionarios de Hacienda tienen el deber de tutela patrimonial frente al estado en relación a los ingresos fiscales). Para ejercer el deber de tutela de los fondos patrimoniales pueden pensarse en diferentes grupos de personas. Pueden ejercer la tutela del patrimonio público, tanto los funcionarios públicos como los empleados públicos, así como los ministros o secretarios del Estado (por ejemplo, el ministro del interior en relación al patrimonio básico dentro su titularidad jurídica).

En la adjudicación de contratos, por ejemplo, los empleados públicos son con respecto a los fondos presupuestarios titulares del deber de tutela patrimonial (BGH, 1995, pp. 603-605). No es suficiente un mero nombramiento como funcionario o cargo oficial, hay que añadirle tanto la existencia de la obligación de tutela sobre determinados fondos presupuestales, así como la existencia de una autorización para su uso (Haushaltsuntreue, 2001, p. 33). Los empleados de caja o de este tipo de ocupaciones del sector público, que realizan el manejo de dinero, pero que no

poseen autorización de decisión, no son generalmente titulares del deber de tutela patrimonial (Dienst, 1981, p. 37).

2. Conducta contraria al deber

Otro requisito para la configuración de la responsabilidad penal del parágrafo 266 del CP es la infracción al deber del titular del deber de tutela patrimonial. Se puede afirmar una infracción semejante dependiendo de las disposiciones que son establecidas conforme al deber de administración del patrimonio tutelado. En el caso del patrimonio público depende de las especificaciones, conforme a lo determinado para el uso de los fondos presupuestales en virtud de las leyes del presupuesto. Una infracción al deber puede básicamente existir, cuando se violan los mandatos del derecho presupuestario.

Los mandatos del derecho presupuestario pueden ser de diferentes tipos, por ejemplo sobre las reglas de competencia, una infracción es fácil de determinar, aquel que actúe fuera de su competencia, actúa en contra al deber que se pueda apelar a otras reglas de conducta no siempre será tenido como una infracción al deber (Mansdörfer, 2010, pp. 479-481). Por el contrario, hay consideraciones al respecto que determinan que “las infracciones simples de la ley procesal” o violaciones de “los reglamentos técnicos” puramente no son consideradas como una infracción al deber en el sentido del parágrafo 266 del CP (Ibídem, pp. 479-482; Munz, 2001, p. 41).

Una comparación con los casos en el ámbito de la propiedad privada muestra que para la configuración del delito de administración desleal se requiere un *incumplimiento grave* del deber, este requisito se ha trasferido por vía jurisprudencial a los casos de administración desleal del presupuesto (BGHSt, 2008, pp. 187-197; NJW, 2002, pp. 1.585-1.587; Hamm, 2012, p. 374; Kiethe, 2005, pp. 529-531).

No sería una infracción grave del deber, cuando la conducta no alcanza el umbral de punibilidad en el caso de la administración desleal, por ejemplo, cuando el representante legal de una empresa de vivienda sin ánimo de lucro planea y realiza un viaje de visita para los miembros del consejo de administración, que tenga básicamente un objeto informativo y de capacitación, pero que en realidad tuvo un elemento turístico, en este caso el actuar del representante legal no es visto como una infracción grave del deber, por lo tanto no es objeto de responsabilidad penal de la administración desleal (BVerfG, 2010, pp. 3.209-3.215; Hamm, 2012, p. 374).

Para la determinación de un delito por el incumplimiento del deber, se eliminan desde el principio los comportamientos que por lo general no son considerados como incumplimiento del deber. Este es el caso de aquellos comportamientos que están en la línea de lo permisible. Es decir, en general, hay que suponer que quien toma las decisiones acerca de los fondos presupuestales, tiene una acción amplia de discreción y se mueve dentro de los límites de su alcance y disposición, por lo que su comportamiento no es ilícito en el sentido del parágrafo 266 del CP, si es que su actuar conlleva consecuencias adversas (BGH, 2008, pp. 87-89). Incluso por ejemplo la administración no está obligada a elegir la oferta más baja, sino que puede desembolsar grandes sumas de dinero si esto es necesario para la realización cuantitativa satisfactoria de una tarea (BGH, 2008, pp. 87-89; Mansdörfer, 2010, pp. 479-483).

Distinto es la situación a juzgar, cuando en razón a una ley o una orden fueron realizadas especificaciones concretas en el manejo del patrimonio tutelado. En tales casos, se cumple paralelamente, al lado de la contravención extrapenal, también la infracción de deber en el sentido del parágrafo 266 del CP, porque un uso de tal índole del patrimonio en realidad no está cubierto por la autorización impartida (Rojas, 2011, p. 114).

Queda por preguntarse, cuándo la infracción al deber del titular del deber de tutela patrimonial traspasa las barreras significativas del derecho penal. Parece ser convincente, que esta determinación debe basarse en el objeto de protección del parágrafo 266 del CP. Bajo la consideración de este, es una infracción del deber relevante para el derecho penal cuando esta se dirige contra el patrimonio sobre el cual se ha conferido al autor deber de tutela patrimonial (Grundprobleme, 2011, p. 118). Esto tiene como resultado, que de la observación de la específica obligación patrimonial, las violaciones de otras normas de comportamiento u obligaciones meramente formales no constituyen una violación al deber de la administración desleal y pueden que no sean tenidas en cuenta por el derecho penal.

3. Perjuicio patrimonial

Sin embargo, no toda violación penal de los principios presupuestarios determina una desventaja patrimonial requerida para la configuración del tipo penal del artículo 266 del CP (BGH, 2001, pp. 520-521; BGHSt, 1998, pp. 293-297; NJW, 1998, pp. 913-914; BGH, 2001, pp. 248-251). Bajo esta desventaja patrimonial

entiende la jurisprudencia alemana todo acto que produce una pérdida patrimonial, que ocurrió durante la tutela patrimonial concedida.

En el caso de la administración desleal del presupuesto sucede en particular una problemática especial, cuando el autor del delito usa los medios bajo su tutela dentro la finalidad del sector público, y sin embargo infringe los reglamentos presupuestarios (Schünemann, en *Leipziger Kommentar-StGB*, § 266, No. 230). En tal constelación es dudoso considerar si puede originarse un perjuicio patrimonial para sector público, más cuando el rendimiento y la contraprestación son equivalentes.

4. Requisito del dolo

Para la realización del tipo penal del parágrafo 266 del CP se requiere una conducta dolosa de lo ya antes mencionado, por lo menos se requiere dolo eventual (Fabricius, 1993, pp. 414-419).

Situación de casos

Antes de abordar –debido a la dificultad la determinación del perjuicio– los casos problemáticos de la administración desleal del presupuesto, se abordará de manera breve alguna constelación de casos donde no hay duda de la responsabilidad penal del parágrafo 266 del CP.

Situaciones no problemáticas

Se configura administración desleal del presupuesto sin duda, cuando el autor titular del deber de tutela patrimonial destina los recursos presupuestarios para un uso personal. Incluso, se contempla el parágrafo cuando el autor destina pagos que no provienen de una consideración legal o realiza gastos sin sentido, o cuando el autor en la realización de un contrato destina cierta cantidad de dinero para su ganancia personal, ya que al final este dinero le hará falta al titular real del patrimonio (el Estado).

Hay acuerdo en la jurisprudencia y en la literatura, en que existe un perjuicio patrimonial, cuando el autor titular del deber de tutela patrimonial deposita el dinero –o parte de este– en una cuenta que solo está bajo su atención, y donde el Estado no tenga un acceso real. El perjuicio puede ser visto ya que el autor restringe no solo al Estado la supervisión legal de fondos del presupuesto, sino también la libertad

de disposición de estos. De esta manera solo el autor tiene poder de decisión, esta retirada parcial del dinero equivale a una pérdida del mismo.

Situaciones problemáticas

Después de haber expuesto los casos no problemáticos, se mostrarán dos ejemplos en los que la jurisprudencia ha tenido problemas para definir el concepto del perjuicio patrimonial requerido en el parágrafo 266 del CP.

a. Perjuicio patrimonial: peligro al patrimonio equivale al daño

En el llamado *caso-SFI* (BGHSt, p. 287; NJW, 1995, p. 603) los fondos del presupuesto fueron desplazados tan hábilmente, que al final del año no estuvieron disponibles dentro del presupuesto general, para que el legislador destinara una nueva asignación, sino que en el año siguiente estuvieron a disposición de una determinada autoridad pública (el Servicio Federal de Inteligencia) (Schünemann, 2003, pp. 463-466). En este caso el Tribunal Federal Supremo afirmó la existencia de un perjuicio patrimonial (BGHSt, 1998, pp. 287-296; NJW, 1995, pp. 603-606).

La situación se puede simplificar de la siguiente manera: se trataba de un proyecto de nombre encubierto “P”, el cual fue ejecutado por el Servicio Federal de Inteligencia (SFI) y el Servicio Secreto de otro país. Para la financiación de este proyecto, se acordó la colaboración del Ministerio de Defensa. Se pusieron en total a disposición de este proyecto alrededor de cinco millones de marcos alemanes, que son alrededor de 6.200 millones de pesos colombianos (dinero que podía ser gastado en la totalidad del tiempo que este requiere). Estos fondos se orientaron para tal necesidad y cuando estos fueran solicitados serían entonces transferidos al SFI. El responsable de la aprobación de la transferencia de dichos fondos era el director de gobierno del Ministerio de Defensa.

Como no todos los fondos disponibles en el presupuesto anual para dicho proyecto fueron requeridos, el director de gobierno del Ministerio de Defensa ordenó que se transfirieran fondos por un monto de casi 800.000 marcos alemanes, que son alrededor de 950 millones de pesos colombianos, a una cuenta separada a nombre del SFI. Al año siguiente, cuando dichos fondos ya no tenían legalmente que estar destinados al proyecto “P”, sino que debían regresar al presupuesto general para ser puestos a disposición por el legislador a otras actividades del sector público, el dinero fue utilizado por el Servicio de Inteligencia Federal y registrado

en términos del presupuesto. También en el año siguiente este funcionario actuó en un escenario similar.

El director de gobierno del Ministerio de Defensa fue acusado y absuelto ante un Tribunal regional (primera instancia) por la comisión del delito de administración desleal. La acusación se basó en que el funcionario violó los principios presupuestarios y los reglamentos internos del Ministerio. El Tribunal regional fundamentó la absolución, ya que en este caso no se presentó para la República Federal Alemana ningún perjuicio (Ibídem, pp. 603-605), pues el dinero fue transferido “al final”, aunque con un retraso parcial considerable, y por lo tanto fue utilizado de acuerdo la voluntad primaria del legislador; es decir en el proyecto “P” del SFI (Ibídem).

El Tribunal Federal Supremo, por su parte, rechazó este razonamiento, pues encontró que en este caso se debe afirmar que el titular del deber de tutela del patrimonio causó un perjuicio. Mientras que no es suficiente el solo uso en contra de una reglamentación de los fondos presupuestarios para la determinación de una desventaja patrimonial, sí puede serlo sin embargo una transferencia de dichos fondos a propósitos no autorizados y por ende no controlables (el peligro al patrimonio equivale al daño) (Ibídem, pp. 603-606). En tal caso, existe el peligro de que dichos fondos se gasten sin una razón de peso determinada y pueda que los fondos transferidos hagan falta en otra partida presupuestaria. El tribunal confirma un perjuicio, cuando los medios sujetos a fines son gastados, sin alcance al fin determinado.

Sin embargo, el Tribunal Federal Supremo unos años más tarde tomó una decisión diferente, determinando así otros requisitos para establecer la desventaja patrimonial (BGHSt, 1998, p. 293; NJW, 1998, p. 913).

b. Perjuicio en razón de la determinación individual del perjuicio

En el caso llamado *caso del director del teatro estatal*, determinó el Tribunal Federal, que un mero sobrepaso del presupuesto anual no puede ser suficiente para la determinación de una desventaja patrimonial en el sentido del parágrafo 266 del CP, cuando los parámetros de los fines del patrimonio fueron fijados de manera adecuada y existió una igualdad de valor entre prestación y contraprestación (Ibídem, p. 913). Por ello, para poder determinar un perjuicio, se debe examinar en el caso concreto si partiendo del principio de la determinación individual del perjuicio desarrollado para la protección del sector privado, se puede afirmar la existencia de un perjuicio y esto ser traspasado al caso de la administración desleal del presupuesto (Ibídem, pp. 293-298; NJW, 1998, pp. 913-914).

En la decisión de la causa mencionada, el director del teatro debía encargarse de que los fondos presupuestarios disponibles para el Teatro Estatal de Württemberg no fueran sobrepasados. Teniendo en cuenta que el presupuesto disponible ya había sido superado varias veces, y el director no tomó medidas para evitar esta situación. En una de las ocasiones, el director se dio cuenta con antelación de una amenaza de otro nuevo sobrepaso de los fondos presupuestales, de aproximadamente dos millones de marcos alemanes, que son alrededor de 2.400 mil millones de pesos colombianos. El tribunal de primera instancia afirmó la existencia del delito de administración desleal y confirmó una desventaja patrimonial, ya que se gastó dineros del presupuesto, sin ser esto absolutamente necesario, teniendo en cuenta que dicho funcionario tenía el deber de preocuparse por el no sobrepaso de estos dineros, lo cual generó tanto una violación de los principios presupuestarios, como la no disponibilidad de dichos fondos (Ibídem, pp. 293-295; NJW, 1998, p. 913).

Esta apreciación corresponde en gran parte a la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo en el *caso SFI*. Se parte de que, también en el *caso del director del teatro estatal*, la destinación de los fondos fue contraria a la destinación legal según la voluntad del legislador presupuestario, esto finalmente llevó al hecho de que a causa de un sobrepaso en una destinación, no pudieron ser estos fondos utilizados en otra partida presupuestaria, así debería determinarse en este caso una desventaja patrimonial. Este argumento sería consecuente de acuerdo con la jurisprudencia ya mencionada (Bittmann, 1998, pp. 495-496).

Sin embargo, el Tribunal Federal Supremo decidió de diferente manera. Dejó en claro que un sobrepaso del presupuesto no puede ser suficiente para determinar una desventaja patrimonial, si es que la prestación y contraprestación son equivalentes (BGHSt, 1998, pp. 293-297; NJW, 1998, pp. 913-914).

Para determinar la desventaja patrimonial debe considerarse lo siguiente: debido al sobrepaso del presupuesto se ve obligado, ya sea a requerir un préstamo con desventajas económicas, o la capacidad de disposición del legislador presupuestario se ve tan restringida su autoridad política es recortada (Ibídem, pp. 293-299; NJW, 1998, pp. 913-914).

Estas condiciones se suelen ver de manera similar para los casos en los que una persona privada, por la obligación asumida como consecuencia de un negocio jurídico, se ve forzada a tomar medidas financieras perjudiciales para su patrimonio.

Fue criticado por gran parte de la literatura, que los principios desarrollados para determinar el impacto del perjuicio de propietarios privados, no pueden ser

traspasados fácilmente a la administración desleal del presupuesto público, para determinar si un perjuicio existe o no. Es cuestionado, en principio, la comparabilidad de los casos de propietarios privados con los casos del patrimonio estatal. Mientras que los fondos de las personas privadas son generalmente limitados, el Estado en cambio sí requiere más medios financieros, y puede acceder a estos a través de los impuestos o un crédito bancario, sin caer en un caos financiero. Asimismo cabe señalar, que en la práctica estos criterios son difíciles de manejar, sobre todo porque no muy a menudo se puede establecer si a causa de un sobrepaso en el presupuesto, el Estado “estaría al borde de la quiebra” (Munz, 2001, p. 158). En particular, parece que los criterios recientemente establecidos son demasiado vagos. Es muy difícil determinar cuándo comienza a ser recortada la facultada de disposición del legislador presupuestario y con esta es especial su autoridad política (Rojas, 2011, p. 233).

Esta decisión del Tribunal Federal Supremo es criticada fuertemente por la literatura, ya que debido a las razones expuestas, contradice la decisión del caso SFI.

Resultados de la determinación del perjuicio económico

Como resultado, se puede decir que para la determinación de un perjuicio patrimonial en el ámbito de la administración desleal, no se han encontrado criterios sólidos y convincentes. La transgresión de la voluntad del legislador debería cumplir algún papel en la determinación de si un perjuicio patrimonial existe o no, pero en virtud del bien jurídico tutelado por el parágrafo 266 del CP, es decir, el patrimonio, esto es bastante dudoso.

Es inconsecuente que la administración desleal por un lado es vista como un delito patrimonial, y por el otro lado puede ser suficiente para la justificación del perjuicio patrimonial la restricción la discrecionalidad o libertad política. Solo es comprensible en este contexto la determinación de dicho perjuicio, si el titular del patrimonio pierde por completo su facultad de discrecionalidad y esto equivale a una pérdida del patrimonio.

Si lo que se busca sancionar penalmente es el uso indebido de fondos presupuestarios, como por ejemplo el sobrepaso o transgresión de la finalidad de dichos fondos, debería pensarse en la creación de un tipo penal autónomo, que contemple dicha situación.

Propuesta de reforma

La idea de regular la administración desleal del presupuesto por separado y en una manera especial, no es nueva (Neye, 1981, p. 1), Schünemann presentó una propuesta de reforma entregada en su informe a la Confederación de Contribuyentes Alemanes en el año 2011, en la cual este aboga por la implementación de un nuevo tipo penal y multas administrativas.

Para luchar contra el despilfarro del dinero público y proteger de una mejor manera las partidas presupuestales, debe ser propuesto un nuevo tipo penal. Este sería el siguiente: proyecto del parágrafo 349 literal 1 del CP (Schünemann, 2011, p. 40): será objeto de responsabilidad penal quien en ejercicio de la función pública o estando a cargo de una obligación del sector público, autorice el consumo o la ejecución de dinero público sin observar los reglamentos básicos del derecho presupuestal. Este proyecto de reforma por un lado tiene en cuenta que las graves violaciones al derecho presupuestal pueden ser sancionadas por el derecho penal, por el otro omite la consideración de la existencia de un perjuicio, lo cual permitiría superar las dificultades aquí expuestas.

La creación de un nuevo tipo penal es bienvenida, para así garantizar que el dinero especialmente recaudado por los impuestos, gracias a un uso contrario al deber del encargado de su tutela no se pierda en “agujeros negros”.

Los defensores de la reforma están de acuerdo en la introducción de un nuevo tipo penal y multas administrativas, pues consideran que con esta se protegería tanto el patrimonio como la voluntad y discreción del legislador.

En relación a Colombia

En comparación con la ley alemana, existen en Colombia varios tipos penales que regulan la problemática aquí expuesta. Sin embargo, se podría cuestionar si en Colombia al respecto de la protección adecuada de los dineros públicos, si bien en delitos por separado “delitos contra la administración pública” (más específicamente los artículos 397 en adelante del CP colombiano; es decir los tipos penales de peculado), también existe la problemática de la determinación del perjuicio patrimonial por el uso contrario al deber de los fondos presupuestales.

La diferencia en la determinación del perjuicio radica en el hecho de que en Alemania no existe un tipo penal específico para los funcionarios públicos, y la

determinación del perjuicio se basa fundamentalmente en los criterios para el establecimiento del perjuicio en el caso de privados.

Interesante es lo establecido en el artículo 400 del CP colombiano; esto es el peculado culposo, ya que el área de protección de los dineros públicos es aún más extensa y se amplía al uso negligente contrario al deber de tutela patrimonial. Tal determinación jurídica no existe en el derecho penal alemán.

Conclusiones

El presente artículo pretendió desarrollar la problemática de la administración desleal del presupuesto; corroborando que dicha cuestión no es solo de interés público, sino que su aclaración legal se justifica. Los lineamientos de la jurisprudencia para determinar los criterios de subsunción de ciertos casos que se configuran en el parágrafo 266 del código penal son inconsistentes. Por eso es necesario que el legislador mediante la adopción de una norma, por separado brinde claridad y seguridad jurídica en el ámbito del uso contrario al deber de tutela patrimonial de las partidas presupuestales.

Retomando el caso de la Oficina Federal de Seguro, donde esta entidad de manera desmesurada adquirió desmesuradamente computadores y teléfonos celulares, se puede establecer la existencia de una infracción del deber en virtud del parágrafo 266 del CP, pero debido a que estos equipos son útiles y representan un valor comercial, la determinación requerida por el tipo penal en cuestión del perjuicio patrimonial es problemática. Caso en el cual sería esta conducta sancionada por el proyecto de reforma del parágrafo 349 del CP, ya que el perjuicio no es requisito.

Ahora bien, acerca de la “mala planificación” del edificio de la Agencia Federal de Medio Ambiente, queda por decir que el mero sobrepaso de fondos del presupuesto no podría justificar la responsabilidad penal del parágrafo 266 del CP, siempre y cuando la construcción básicamente represente el precio de su valor. Independientemente que del requisito del dolo sería más fácil sancionar esta conducta de acuerdo con el parágrafo propuesto, ya que no sería necesaria la determinación del perjuicio.

Referencias

- Bieneck, K. (1998). Die Rechtsprechung des BGH zur Haushaltsuntreue. *Wistra*, 249-251. München: C.F. Müller.
- Bittmann, F. (1998). Das BGH-Urteil im sog. Bugwellenprozeß – das Ende der Haushaltsuntreue? *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 495-497. München: C.H. Beck.
- Eisele, J. (2012). *Strafrecht Besonderer Teil II*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Fabricius, D. (1993). Strafbarkeit der Untreue im Öffentlichen Dienst. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 414-419. München: C.H. Beck.
- Fischer, T. (2013). Beck'scher Kurzkommentar. *Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck.
- Heintschel-Heinegg, B. (2013). *Beck'scher Online Kommentar-Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck.
- Joecks, W., & Miebach, K. (2006). *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck.
- Kiethe, K. (2005). Die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Bürgermeistern. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 529-534. München: C.H. Beck.
- Kindhäuser, U., Neumann, U., & Paeffgen, H. U. (2013). Nomos Kommentar. *Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos.
- Laufhütte, H. W., Rissing-van Saan, R., & Tiedemann, K. (2012). *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*. Band 9, Teil 1. Berlin: De Gruyter.
- Mansdörfer, M. (2010). Amtsuntreue bei kommunaler Verwaltungs- und Wirtschaftstätigkeit. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 479-486. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Munz, E. M. (2001). *Haushaltsuntreue*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Neye, H. W. (1981). *Untreue im öffentlichen Dienst*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Rojas, L. E. (2011). *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*. Baden-Baden: Nomos.
- Schünemann, B. (2003). *Haushaltsuntreue als dogmatisches und kriminalpolitisches Problem*. StV. Köln: Wolters Kluwer.
- Satzger, H., Schmitt, B., & Widmaier, G. (2009). *Kommentar Strafgesetzbuch*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Schönke A., & Schröder, H. (2010). *Kommentar Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck.
- Schünemann, B. (2011). *Gutachten für den Bund der Steuerzahler e.V.* Bonn: Bonner Universitäts-Buchdruckerei.
- Schünemann, B. (2003). Haushaltsuntreue als dogmatisches und kriminalpolitisches Problem. *StV*, 463-471. Köln: Wolters Kluwer.
- Tiedemann, K. (1989). Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern. *Festschrift für Tröndle*, 319-336. Berlin: De Gruyter.

Weiß, H. D. (1978). *Zur Verfolgung unwirtschaftlichen und unsparsamen Umgangs mit öffentlichen Mitteln bei Beamten*. ZBR.

Weiß, H. D. (1978). Zur Verfolgung unwirtschaftlichen und unsparsamen Umgangs mit öffentlichen Mitteln bei Beamten. ZBR, 1-14. München: C.H. Beck.

Wittig, P. (2010). *Wirtschaftsstrafrecht*. München: C.H. Beck.