

LAS NEGOCIACIONES ILÍCITAS COMO DELITO FUNCIONARIAL. VALORACIONES DOGMÁTICAS Y ANÁLISIS COMPARADO

*Manuel Alberto Leyva Estupiñán**

*Larisbel Lugo Arteaga***

*Arlín Pérez Duharte****

Resumen: La negociación constituye un proceso y una técnica para la solución de conflictos. El pasado histórico de las negociaciones puede ser ubicado en los orígenes mismos de la humanidad. Cuando un funcionario público es parte en una negociación y se beneficia, puede cometer un delito. El tipo penal de las

* Profesor Auxiliar de Derecho Penal en la Universidad de Holguín, Cuba. Jefe del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Holguín. Licenciado en Derecho por la Universidad de Camagüey, Cuba. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Actualmente cursa el doctorado en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba. Ha participado como ponente en más de una decena de eventos internacionales, y publicado varios artículos en revistas de corte jurídico. Holguín, Cuba. Correo-e: mleyvae@uho.edu.cu

** Profesora Auxiliar de Derecho Penal Especial en la Universidad de Holguín, Cuba. Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey, Cuba. Se desempeñó como jueza en el Tribunal Provincial Popular de Camagüey en su Sala Quinta de lo Penal. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Ha asistido a eventos de las Ciencias Penales en Cuba. Holguín, Cuba. Correo-e: llugo@uho.edu.cu

*** Profesora Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Holguín, Cuba. Correo-e: arlin@lex.uh.cu.

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2018. Fecha de aceptación: marzo de 2019. Para citar el artículo: MANUEL ALBERTO LEYVA ESTUPIÑAN *et al.* "Las negociaciones ilícitas como delito funcional. Valoraciones dogmáticas y análisis comparado", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 39, n.º 107, julio-diciembre de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 133-153. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n107.06>

negociaciones ilícitas constituye un delito asociado a los entornos empresariales y al Estado. A nivel mundial, constituye una manifestación de corrupción. En la doctrina contemporánea se ubica en los títulos que recogen los delitos contra la función pública. Esta es una de las obligaciones de los Estados, por lo cual afecta de manera directa su correcto e imparcial funcionamiento.

Palabras clave: Delito; Bien jurídico; Función pública; Negociación; Beneficios.

THE ILLICIT NEGOTIATIONS LIKE OFFICIAL CRIME. DOGMATIC ASSESSMENTS AND COMPARED ANALYSIS

Abstract: Negotiation constitutes a process and a technique for the solution of conflicts. The historic past of negotiations can be located in the origins of humanity. When a public official takes part in a negotiation and is benefit, can commit a crime. The penal type of the illicit negotiations constitutes a crime associated to the managerial environments and to the state. Worldwide constitute a manifestation of corruption. The contemporary doctrine is found in the titles that get the crimes against public function. This is one of the States' duties; consequently it directly affects its right and impartial function.

Keywords: Crime; Goods Juridical; Civil Service; Negotiation; Benefits.

EXORDIO

En el momento en que se escriben o leen estas líneas se conciertan millonarias sumas de dinero, bienes, capitales o se resuelven conflictos en complejos procesos de negociación. Una de las partes, posiblemente, es un funcionario, que actúa por un mandato otorgado como servidor público. Tal vez, esa negociación sea prohibida, ilícita o incompatible desde la óptica del Derecho Penal. Ahora no se sabe.

El Derecho Penal, hablando metafóricamente, avanza veloz por las autopistas de la economía, no ya tras el delincuente tradicional, mal vestido, mal educado y producto de barrios marginales, sino una marcha a toda velocidad, en ocasiones sin clara noción del final del viaje, ante el andar rezagado de un Derecho Administrativo extenso, enrevesado y vulnerable que no es capaz de prevenir y sancionar eficazmente a un corporativo elegante y extremadamente competente. En vez de cuchillos y armas de fuego hablamos de contratos, negociaciones, operaciones millonarias, rostros felices ante cámaras de televisión que auguran un desarrollo económico impetuoso. Al cabo de los meses o años es que aparecen las defraudaciones, el daño al país y a su gente. Casi siempre el corporativo elegante disfruta en otro lugar de los millones robados, mientras se procesa penalmente a funcionarios de mediano rango que tuvieron la desdicha de aportar sus rostros como acusados.

En los delitos funcionariales donde existe un sujeto definitivamente diferente al delincuente tradicional, podrían realizarse las mismas preguntas que Zaffaroni formula en su ponencia sobre la lógica del carnicero y el Derecho Penal: ¿Qué fines se logran, además de la represión del delito, cuando se envía a prisión por largos años a un individuo que en una negociación ha afectado los intereses económicos del país o el buen funcionamiento de la administración? La prevención general y especial, operan de maneras distintas ante el delincuente de cuello blanco.

El poder estatal define que se protegerá, más allá de las grandes o sutiles diferencias entre intereses, aspiraciones, valores o relaciones sociales, por solo citar algunos de los clásicos contenidos asignados al bien jurídico, estos “son producidos” por el mismo ente responsable de la punición al ataque. Por tanto, resulta incoherente afirmar que el bien jurídico constituye un límite al *ius puniendi*, pues quien detenta este define cuáles han de ser los bienes jurídicos a proteger. Representa una autolimitación, realizable en el plano abstracto, pero sin contenido en la realidad social. Los conflictos que se producen en todos los ámbitos de la vida social, económica y política tienen múltiples posibilidades de solución y encausamiento. Una de las maneras más antiguas de resolver estos conflictos son las negociaciones, que privilegiaban el equilibrio entre las partes por encima del vencimiento de una sobre la otra. Cuando hablamos de negociaciones, una de las definiciones más sencillas podría ser entendiéndola como proceso entre dos partes en el cual existen dos posiciones diferentes sobre un mismo asunto, las dos partes quieren llegar a un acuerdo y para esto se comunican intercambiando propuestas y concesiones. Se pueden manifestar en el plano económico, comercial, político, contractual y diplomático, por citar algunos de los contextos en que se puede negociar.

En este abanico de complejidades que se producen en los planos formal y social, a diario se establecen procesos de negociación de toda índole, y algunos de ellos viciados desde su origen, pueden generar el nacimiento de una relación jurídico-penal.

En la investigación se aborda el tema de las Negociaciones Ilícitas o prohibidas como figura delictiva que necesita reconfigurarse a los escenarios presentes en la actualidad. Para el estudio de las negociaciones y su trascendencia al campo de lo penal debe partirse desde un enfoque inter y transdisciplinario. Lo anterior constituye en la actualidad un atributo de la mayoría de las investigaciones jurídicas, y a la vez es el resultado de la complejización creciente de las relaciones sociales en las que interviene el Derecho. Resulta imposible ofrecer una respuesta eficaz desde el ámbito penal solo conociendo lo regulado en el Código Penal.

APUNTES HISTÓRICOS Y CONCEPTUALES SOBRE LAS NEGOCIACIONES

La negociación es tan añeja como la raza humana. Las primeras negociaciones estuvieron fundadas en la necesidad de sobrevivir en difíciles condiciones. Cuestiones

tales como la repartición del agua en periodos de extrema sequía, la repartición de alimentos o de las piezas de los animales de caza, la selección del lugar de asentamiento de los primeros grupos nómadas, entre otras, pueden ser consideradas como las primeras manifestaciones de negociación.

En el antiguo código de Hammurabi se definían diversas situaciones que, miradas hoy, al paso de varios milenios, podrían considerarse antecedentes de negociaciones prohibidas o ilícitas. En una mezcla de prescripciones de orden teológico, comercial, económico y familiar que se remonta al año 1760 a.C. se reproducen soluciones a fallidos procesos de negociación. No son normas de definición general, sino más bien soluciones a casos concretos. El panteón mesopotámico reconoce a *Ezide* como la casa de la justicia y la ley del talión prima en la mayoría de las decisiones redactadas en la piedra.

Para la cultura occidental puede considerarse como la primera negociación lo reflejado en la batalla de los dioses, en la que Zeus, en vez de eliminar a los titanes, realiza una repartición de influencias.

En la Ley de las XII Tablas (304/450 a.C.), específicamente la tabla novena, del Derecho Público, recogía una forma de negociación prohibida, en este caso a los funcionarios. En el párrafo tercero¹ podría inferirse un antecedente de esta modalidad delictiva. Es cierto, como afirman algunos autores, que esta redacción corresponde más a un posible antecedente del cohecho que de una negociación prohibida. En el año 123 a.C. aparece la Ley Acilia Repetundarum, la cual recogía crímenes como la concusión (exacciones ilegales), y que fue abriendo paso a la separación de este delito en aquellos que se hacían sobre la base de una negociación, configurándose así la figura delictiva que hoy conocemos como *negociaciones ilícitas*. El llamado *crimen repetundarum* englobaba varios supuestos, no estaba destinado a la sanción de una determinada modalidad de crimen, en el contenido del injusto podríamos considerarlo hoy como cimiento de delitos tales como el cohecho, el peculado y la colusión, por solo citar algunos. El fundamento radicaba en el aprovechamiento de lo público con fines privados.

En las Siete partidas escritas entre los años 1256 y 1265, el rey Alfonso X contó con la colaboración de un grupo de jurisconsultos. Dentro de las partidas pueden encontrarse elementos de procesos de negociación, que hoy podrían ser identificados con la promesa² de contrato e incluso, yendo más allá, en especie de tratos preliminares, generadores de responsabilidad precontractual.

1 “El juez o árbitro que nombrado para juzgar un negocio recibiere dinero de alguna de las partes para favorecerle, será castigado con la pena capital”.

2 En la partida quinta, Título 11, Ley 1 se recoge que Promisión es “otorgamiento que hacen los hombres unos a otros por palabras con intención de obligarse, aviniéndose sobre alguna cosa cierta que

En las Leyes de Indias el tema de los posibles conflictos de interés en los funcionarios que participaban representando al rey se encuentra abordado en varias ordenanzas. El rey Felipe II, en 1563, mediante la Ordenanza 298, prohibía lo que podía ser un antecedente de negociaciones prohibidas o un clásico cohecho³. De igual manera, en la Ley VIII, Ordenanza 303, pueden identificarse atisbos de impedimentos a aquellos funcionarios que participaban en negocios de interés a la corona. Puede leerse lo siguiente:

Ordenamos que quando los Intérpretes fueren á negocios, ó pleytos fuera del Lugar donde reside la Audiencia, no lleven de las partes, directè ni indirectè, cosa alguna mas del salario, que le fuere señalado, ni hagan conciertos, ni contratos con los Indios, ni compañías en ninguna forma, pena de volver lo que así llevaren y contrataren, con las setenas, y de privacion perpetua de sus oficios.

Negociar puede ser una vía de solución a un conflicto, pero va más allá de mecanismo alternativo, constituye la primera etapa en procesos tales como la contratación, la creación de un nuevos estatus o equilibrio entre partes, que tal vez no ha tenido conflictos antes de entrar a negociar, pero al hacerlo, los están evitando en el futuro. Es una consecuencia de la vida en sociedad, donde a menudo se desea algo de lo cual no se dispone, o se evita mediante este proceso un problema futuro.

También puede hablarse de negociación como medio para obtener algo de manera conjunta, cuando de forma independiente resultaría imposible lograrlo. En los procesos de negociación colectiva generalmente se logran varios elementos imposibles desde otras ópticas, tales como la superación de un conflicto, el intercambio y la cooperación.

Es un producto de la civilidad humana, en identificar intereses y aspiraciones de la otra parte y en consonancia con ello formular propuestas que puedan beneficiar intereses que en un inicio eran contrapuestos. Una forma de acercamiento es sugerir compensaciones, intercambios u otros beneficios. Otro camino es hacer hincapié en que un nuevo bien puede ser creado a través de la creatividad, la cooperación y la acción conjunta, lo que nunca podría alcanzarse mediante la decisión unilateral. Las partes deben actuar con buena fe y conforme a una negociación justa (*fair dealing*).

deban dar o hacer unos a otros; y tiene muy gran provecho a las gentes cuando se hace derechamente y con razón; y asegúranse los hombres los unos con los otros en lo que prometen, y se obligan a guardarlo; y hácese de esta manera, estando presentes ambos los que quieren hacer el pleito de la promesa, diciendo el uno al otro: "Prometeme dar o hacer tal cosa", diciéndola señaladamente y el otro respondiendo que sí promete o que otorga cumplirlo". *Vid* www.pensamientopenal.com.ar

- 3 "Los Intérpretes no reciban dádivas, ni presentes de Españoles, Indios, ni otras personas que con ellos tuvieren, ó esperaren tener pleytos ó negocios, en poca, ó en mucha cantidad, aunque sean cosas de comer, ó beber, y ofrecidas, dadas, ó prometidas de su propia voluntad, y no lo pidan, ni otros por ellos, pena de que lo volverán, con las setenas, para nuestra Cámara, y esto se pueda probar por la vía de prueba, que las leyes disponen, contra los Jueces y Oficiales de nuestras Audiencias".

Existe un antes y un después en la solución histórica de los conflictos, primero el soberano y después del Estado se han apropiado de modos de actuar y maneras de decidir. El abandono de la víctima, manteniendo como argumento el abandono de la venganza privada, ha resultado ser en última instancia el final del camino. La apropiación del discurso confluye hacia una manera de legitimar el uso del poder.

José Noé Ríos⁴ define el conflicto como aquella situación en la cual uno o varios actores están en dificultad con ellos mismos o con otros por circunstancias sobre las que en su momento no se tiene conformidad. Esto es, cuando el actor o los actores están en confrontación con una idea, meta o forma de percibir las cosas originada en la necesidad de resolver necesidades propias o ajenas. El conflicto no solo se mitiga mediante formas de control social, en ocasiones con un fundamento informal, pero de una esencia imperativa.

En un escenario mundial marcado por la conflictividad, la apuesta a la vía jurisdiccional parece ser la primera de las intenciones ante la existencia de barreras. Debemos rescatar el concepto de equivalentes jurisdiccionales desarrollado por Caneluti en el pasado, como soluciones igualmente aceptables y menos lesivas que la vía judicial. Normalmente, se ha definido la negociación como una vía alternativa para la solución de conflictos que puede desarrollarse mediante formas hetero-compositivas, con la participación de un tercero que colabora en acercar las posiciones y llegar a acuerdos o bien mediante la vía auto-compositiva, la más común en este tipo de situaciones, donde las propias partes son quienes llegan a acuerdos y acercan posiciones.

La palabra puede convertirse, en un proceso de negociación, en arma arrojadiza, según Pérez Herranz⁵. Para este autor, puede hablarse de negociación cuando comienzan a equilibrarse las partes, y en caso de existir una posición más fuerte que la otra, no estaríamos hablando de negociación. Solo así pueden comenzar a entenderse los intereses, aspiraciones, pasiones y fines de los diversos actores. La negociación pertenece al diálogo, al *symposium*, la conversación, la argumentación. Constituye un proceso que parte del conocimiento previo que se tiene sobre lo que se negocia y con quien se negocia, pero el proceso en si también arroja información que debe ser procesada para adecuar la estrategia, pues en caso contrario se actúa de manera lineal, con posibilidades ciertas de errar.

Para este autor, cuatro son los elementos para que se dé una negociación: el lugar, los sujetos, el fin y los medios. Cada uno de ellos tienen requisitos y elementos distintivos con trascendencia al orden jurídico, cuestiones que serán abordados más adelante.

4 RÍOS MUÑOZ, JOSÉ NOÉ. *Cómo negociar a partir de la Importancia del Otro*. Editorial Planeta, Bogotá, 1997, p. 18.

5 PÉREZ HERRANZ, FERNANDO MIGUEL. "Tópica de la negociación", Cuadernos de información y comunicación, 2003.

La palabra negociación proviene del verbo negociar, con origen en el término latino *negotari* al que se le reconocen como acepciones dedicarse a la compra o venta de productos para obtener un beneficio a cambio, y hablar una persona con otra para solucionar un asunto entre otras. La negociación⁶ es un proceso y una técnica mediante las cuales dos o más partes construyen un acuerdo. Las partes empiezan discutiendo sobre el asunto en el cual tienen intereses, lo que genera entre ellas varios sentimientos. Los motivos que asisten a cada negociador generan en ellos conductas que, a menudo, se expresan en propuestas verbales. Este intercambio hace que las partes desarrollen impulsos de controlar el tema que les preocupa.

Etimológicamente proviene de *nec-otium*, equivaldría a una negación del ocio. El ocio para los griegos no significaba un no hacer nada; por el contrario, significaba un estadio superior de la virtud, cuando se permitía filosofar, discutir de política. Negocio es el no ocio.

Negociación es el proceso que termina en un acuerdo. Resulta propicia cuando dos partes perciben que estarán mejor con un acuerdo que sin él. La mejor forma de negociar es abrirse a las soluciones creativas. Nuevas alternativas o formas de definir el tema muestran a las partes que no están bloqueadas y pueden salir del *impasse* con ingenio y buena voluntad. La prenegociación es el lapso destinado a explorar y mostrar ejemplos, pero no para definir una propuesta cerrada.

Puede identificarse el acto de negociar como una comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo, cuando una y otra persona tienen algunos intereses en común y otros que les son opuestos⁷. En distintos periodos se utilizó la negociación entre los Estados antes que la guerra. Al fracasar la negociación, el clarín de las armas sucedía al clamor de las propuestas⁸.

En la doctrina se reconocen métodos para la aplicación de la negociación en la solución de conflictos. Uno de los más consistentes es el llamado Método de Negociación por Principios o en base a los intereses, desarrollado por el profesor emérito de la Universidad de Harvard, Roger Fisher. Su propuesta es que las partes por lo general tienen intereses, que pueden ser comunes, diferentes o contrapuestos. Estos intereses están detrás de las posiciones declaradas. La primera tarea del proceso consiste en identificar cuáles son esos intereses y sobre esa base buscar la construcción de opciones que puedan conducir a futuros y potenciales acuerdos.

6 COLOSI, THOMAS y ELIOT BERKELY, ARTHUR. *Negociación colectiva: El arte de conciliar intereses*, 1981.

7 FISHER, ROGER *et al.* *Sí de acuerdo Cómo Negociar Sin Ceder*. Editorial Norma, p. 17.

8 MAIER, JULIO B. y BINDER, ALBERTO M. (compiladores). *El Derecho Penal hoy. Homenaje a David Bagúñ*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 34.

EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LAS NEGOCIACIONES ILÍCITAS O PROHIBIDAS

El delito de las *negociaciones ilícitas* o, como también se le denomina *negociaciones prohibidas*, tiene como elemento común el aprovechamiento de la función pública para beneficio privado. El sujeto, generalmente funcionario público, se aprovecha de su intervención en un contrato, negociación u operación para obtener determinados beneficios o intereses. Es un delito esencialmente funcional, donde la ausencia de probidad en la conducta es uno de los rasgos característicos del agente.

El tipo penal de las negociaciones ilícitas o prohibidas generalmente protege como bien jurídico tutelado el buen funcionamiento de la Administración, o el principio de imparcialidad⁹ en la actuación de la Administración Pública, entendida como “uno de los valores que vertebran el Estado de Derecho de una sociedad democrática. El funcionario público responde a un interés superior, cuando se desvía del mismo y de su consecución, ha abandonado su rol de servidor público”.

Penalmente se es funcionario público¹⁰ si se participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente y esa participación en la función pública solo tiene lugar cuando el Estado delega en una persona, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes de gobierno.

Otra posición, respecto al bien jurídico protegido legislativamente por el delito de negociaciones ilícitas o prohibidas, se hace teniendo en cuenta la existencia de un abuso de poder como particularidad común a esta figura delictiva, refiriéndose al empleo abusivo de los medios a los que por razón de su cargo tiene acceso el funcionario público, reconociendo que con su actuar para satisfacer este tipo penal tiene que tener una relación de subordinación, en beneficio propio o de un tercero, de los medios públicos a los fines privados¹¹.

La opinión mayoritaria consiste en considerar que afectan las funciones públicas, objeto genérico de protección de las distintas figuras reguladas en este título. Varios autores insisten en la existencia de rasgos comunes y esenciales entre todos estos

9 CABRERA FERNÁNDEZ, MARTHA. “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 35, n.º 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 73-92.

10 BECERRA, CAROLINA y ZAMBONI LEDESMA, AMALIA I. “Corrupción de los funcionarios públicos en el marco del artículo 265 del Código Penal Argentino”, *Derecho y Cambio Social*, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500740>, p. 2.

11 GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 286.

delitos, que permiten hablar de un único bien jurídico, arraigándose en el elemento común entre todos ellos, a la noción de función pública, de modo que, según estos autores, puede hablarse de un bien jurídico categorial¹².

Más allá de la cuestión relativa a la capacidad de una puesta en peligro abstracto de bienes jurídicos supraindividuales para constituir un injusto que fundamente culpabilidad, en el Derecho de la función pública se presenta un problema de culpabilidad más específico aún. Pues el reproche ético-jurídico de la pena no solo tiene por objeto el fracaso del autor en un papel social específico, sino que lo afecta en todos los espacios de ejercicio de sus roles y, con ello, en todos sus roles. De esta forma, la pena apunta al ser humano como persona, es decir, como aquel sujeto que es libre y responsable en la vida social.

Los autores consideran que esta modalidad delictiva está asociada como respuesta a las nuevas maneras de comisión de los ilícitos penales, sobre todo a partir del auge de los intercambios, negocios y operaciones que tuvieron lugar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Lo anterior no contradice su estrecha vinculación al Derecho Administrativo. En nuestra opinión, las negociaciones prohibidas o ilícitas son un reflejo del avance del Derecho Penal a otros espacios, como el Derecho Administrativo, motivado fundamentalmente por su ineficiencia para detectar y punir este tipo de conductas. Si a lo anterior le sumamos la dispersión de normas y mecanismos, muchos de ellos formales, tenemos un escenario donde los mecanismos de control social de primera línea han resultado ineficaces.

Para un sector de la doctrina estamos en presencia de una infracción del deber administrativo¹³ de abstención. Si como conducta no es necesaria la producción de un resultado, entonces podríamos estar hablando de un vacío del principio de ofensividad, de una conducta que no merece reproche penal. Desde otro punto de vista, una mejor concepción del Derecho Administrativo podría llevarnos hacia la desaparición de estos tipos penales, pues han surgido ante la ineficacia¹⁴ y la dispersión administrativa.

Al reprocharse un actuar fraudulento de quien representa a la Administración, existen autores que consideran que puede considerarse como el bien jurídico tutelado la imparcialidad de las resoluciones de aquella. Genera confianza de los ciudadanos en sus administraciones, considerando que los funcionarios no se mezclan en actividades

12 GONZÁLEZ CUSSAC. *El delito de Prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 22-23.

13 CABRERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 77.

14 Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *Un modelo dinámico de legislación penal*. Disponible en www.fh.uho.edu.cu. Consultado el 24 de abril de 2017, 8.45 am, p. 21.

lucrativas derivando hacia posturas que representan intereses partidistas o enriquecimientos personales¹⁵.

Como denominador común en esta conducta está el uso de las atribuciones y/o prerrogativas del cargo con fines e intereses privados.

Las negociaciones prohibidas en el Derecho Internacional

El tema de las negociaciones ha de verse, en la normativa internacional, desde dos puntos de vista: el primero, como mecanismo alternativo para la solución de conflictos; en segundo lugar, los tratados o convenciones que regulan las llamadas negociaciones prohibidas o ilícitas.

Como mecanismo alternativo, la propia Carta de las Naciones Unidas en su artículo 33 reconoce a la negociación como vía para el arreglo pacífico de las controversias. Se reconocen así las ventajas de las negociaciones, por encima de los procesos litigiosos. Está en consonancia con los postulados de la ONU refrendados en sus artículos 1 y 2 de mantener la paz y evitar conflictos, entre ellos las nuevas guerras.

El 17 de diciembre de 1997 se firmó en París el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Políticos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Este instrumento, en su artículo 1^[16] reconoce como modalidad corrupta la intromisión de un funcionario público¹⁷ en una operación contractual.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25 se reconoce en el artículo 35^[18] párrafo primero a la negociación como vía para la solución de controversias.

15 MIR PUIG, SANTIAGO. *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*. pp. 305-336, Poder Judicial. Disponible en: www.fh.uho.edu.cu. Consultado el 12 de abril de 2015, 4.35 pm.

16 “Artículo 1. Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/ocde/corrupcion/1997-Convenio-Corrupcion-Agentes-Publicos-Extranjeros.htm>

17 En su artículo 2 define como Agente Público Extranjero a cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.

18 Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

Como figura delictiva está asociada a conductas clásicamente identificadas como actos de corrupción. En el Convenio de Lucha Contra la Corrupción de Agentes Políticos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales no se regula de manera directa la figura de las negociaciones ilícitas, pero puede identificarse del texto del Tratado, específicamente en su artículo 1 párrafo primero¹⁹ cuando aborda, de manera muy somera, el tema de los contratos y también la existencia de intereses o beneficios ajenos a la transacción económica a la cual se debía el servidor público.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, firmada en Nueva York el 31 de octubre del 2013, si bien no habla de manera específica de negociaciones ilícitas, prohibidas o incompatibles, sí proporciona a los Estados Partes, propuestas a incorporar en su Derecho interno relativas a la contratación pública. En el artículo 9 de dicho texto, se ofrecen ideas para prevenir este flagelo sobre la base de los requisitos que deben contener los procesos de licitación²⁰ de contratos públicos, la publicidad de los mismos, los protocolos o requerimientos sobre la base de criterios objetivos y la adjudicación de los contratos, por solo citar algunos.

BREVES VALORACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Lo que ha incidido en el reconocimiento y regulación legislativa a esta figura delictiva en diferentes códigos penales extranjeros, en los que se ha regulado este delito conceptualmente, como Negociaciones Ilegales, Negociaciones Prohibidas, Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas, y otros como Negociaciones Ilícitas, a lo cual nuestra doctrina y legislación se acoge. Reconociendo desde el punto de vista legislativo como bien jurídico común a todas las figuras delictivas en el Título contra la Administración Pública, teniendo en cuenta para ello el cri-

19 Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su Derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

20 a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

terio que ha predominado doctrinalmente al considerar como bien jurídico común, a todas estas figuras delictivas del título, el llamado deber del cargo que realiza el funcionario público.

Esta variedad de posturas ha influido decisivamente para el bien jurídico acogido en los códigos penales extranjeros de España, Alemania, Italia, Francia y Argentina, donde en el orden normativo agrupan estos delitos dentro del Título denominado: *Delitos cometidos por el funcionario en el ejercicio del cargo* y *Delitos contra la Administración Pública*, en el caso de los dos últimos códigos.

Siendo así que el Código Penal Español de 1995 introdujo un modelo *restringido*, bajo una moderna concepción del bien jurídico tutelado, reconociendo dentro de los auténticos delitos contra la Administración de Justicia a los delitos de *prevaricación*. Esta figura delictiva, que aparece recogida en el artículo 439, castiga después de las reformas de la Ley Orgánica 5/2010 y la Ley Orgánica 1/2015: esta modalidad lo que trata de evitar es que los funcionarios que han de orientar su conducta a la consecución de fines de interés general se desvíen hacia la consecución de intereses particulares²¹.

(...) a la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta en tales negocios o actuaciones.

La doctrina española ha planteado que para conocer el objeto de tutela en este ámbito de actuación del Derecho Penal hay que partir, por un lado, de la función social de la institución a la que se refiere, y por otro, del sector del ordenamiento jurídico que internamente lo regula; la Administración Pública es la encargada de ejercer la función administrativa pública; su actividad consiste en realizar actos, declaraciones y contratos, cuyo cometido consiste en la actuación o toma de decisión a través de las autoridades de los funcionarios públicos, limitando la actuación de la Administración a los intereses generales, llegando a reconocer que el bien jurídico tutelado es la función administrativa pública, cuya postura es matizada por González Cusac, para quien la función pública sería un bien jurídico categorial. La postura de este autor ha llevado a la mayoría de la doctrina, a reconocer que son tres las características fundamentales de la función pública: en primer lugar, estamos ante una función que es esencialmente normativa, dinámica, pues se trata de una institución que de forma constante está tomando consideraciones y decisiones y realizando actuaciones, y por último es instrumental, ya que sus decisiones o actuaciones tienen que

21 CASTRO MORENO, ABRAHAM. "Negociaciones prohibidas a los funcionarios y autoridades en Derecho Penal. Especial referencia al ámbito de la Administración Local", *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 22, 2005, pp. 5 a 35.

ir siempre encaminadas en beneficio del interés general o, lo que es lo mismo, la Administración siempre estará al beneficio de los administrados²².

Partiendo de la idea de que el delito de negociaciones incompatibles debe contener y cumplir con elementos del tipo para que puedan ser diferenciados de una mera infracción administrativa, se trata de un delito especial propio, pues limitan el ámbito subjetivo a los sujetos que tengan la cualidad de autoridad o funcionario público, necesitando, según la doctrina y jurisprudencia española, que el informe que emita el funcionario a la hora de efectuar la negociación sea no solo consultivo sino vinculante.

La conducta típica que se recoge en este precepto consiste en aprovecharse de la condición de autoridad o funcionario público que debe informar de un contrato, asunto, operación u actividad, para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, o sea que es el sujeto que se aprovecha de la situación de poder en la que se encuentra, para poder participar en el negocio o actividad, considerando otro sector de la jurisprudencia española que el término *forzar* no debe ser entendido como sinónimo de violencia.

Una postura distinta es la de Mir Puig²³, quien considera que la participación de los funcionarios es una conducta lesiva del bien jurídico, por lo que se le dará satisfacción a este tipo penal cuando el sujeto activo del mismo participa con un interés personal en un asunto en el cual advierta intervenir tan solo por intereses generales; el bien jurídico función pública queda afectado desde el momento en que el sujeto participa en un negocio o actuación, produciendo un desvío del procedimiento administrativo hacia intereses particulares.

Por su parte, el Código Penal de Francia, en su artículo 432-12^[24] (introducido por la Ley n.º 2000-595 de 30 de junio de 2000 art. 1 Diario Oficial de 1 de julio de 2000), también sanciona a los funcionarios que intervienen en contratos públicos y se aprovechan de esa situación. Esta legislación protege a la Administración Pública de los atentados de sus funcionarios. El bien jurídico individual declarado por el legislador francés es la probidad de los funcionarios, lo cual no constituye un mero requisito en el orden moral, sino un deber funcional.

22 GARCÍA ESPAÑA, ELISA. *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,828,0,0,1,0.Dialnet->. Consultado el 14 de junio de 2014.

23 MIR PUIG, SANTIAGO. *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, p.305-336, Poder Judicial.

24 Artículo 432-12 del Código Penal de Francia: “El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público o la persona investida de un mandato público de carácter electivo, de tomar, recibir o conservar, directa o indirectamente, cualquier comisión de una empresa o en una operación de la que tenga, en el momento de los hechos, la misión de garantizar en todo o en parte, su vigilancia, administración, liquidación o pago, será castigado (...)”.

El Código Penal alemán, en su Sección Vigésimosexta, en que regula los “Hechos punibles contra la competencia” § 299. Corruptela y soborno en el tráfico comercial, establece:

(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para este o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él o a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

La legislación alemana no nombra esta figura delictiva como negociaciones ilícitas o prohibidas, constituye una modalidad dentro de los hechos calificados como corruptos pero con un criterio de especialidad, y es que se producen en el tráfico comercial.

En la legislación penal de Costa Rica también se reconoce este ilícito penal como Negociaciones Incompatibles, el cual regula, en el Título XII delitos contra la Función Pública en su Capítulo III, la corrupción de los servidores públicos, en su artículo 307, bajo la denominación de Negociaciones incompatibles²⁵. Una de las características que resulta común es el beneficiarse o aprovecharse en un contrato o negocio. Similar al texto español admite varios tipos de funcionarios como posibles agentes de este tipo penal.

El Código Penal de Argentina coincide en reconocer en su Título XI los delitos contra la Administración Pública, regulando en el Capítulo VIII Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, Artículo 265. Según la jurisprudencia argentina, los problemas que se han suscitado en torno a este delito es por la utilización del verbo típico *interesarse*, que la ley prevé para el ejercicio de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, al versar sobre la función administrativa que realiza el funcionario, subjetivamente existe el desdoblamiento del sujeto comisario de este delito, como interesado y como funcionario estatal; el bien jurídico protegido en este delito es el interés del Estado en el fiel desempeño de sus funciones a cubierto de toda sospecha, exigiendo obligatoriamente que el sujeto

25 El servidor público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se beneficie en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años, y se le podrá imponer además, la pena de inhabilitación que corresponda, de uno a cuatro años. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas, curadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

activo sea un funcionario público y que exista coetaneidad entre el ejercicio de su cargo y la negociación, el bien tutelado no está referido únicamente a los intereses materiales, sino que trata de evitar el desprestigio de la Administración, por lo que basta la comisión del hecho aunque no resulte perjuicio, o sea para la incriminación de este delito da lo mismo que los negocios sean o no prohibidos²⁶.

Como bien jurídico tutelado, se protege a la Administración Pública, entendiéndose esta como “el conjunto de órganos al que por ejercicio directo o delegado del poder público, le compete preferentemente la realización de la función administrativa, entendida esta última como la actividad jurídica del Estado, consistente en la ejecución de normas generales preestablecidas”²⁷.

Para el Código Penal argentino, los términos *funcionario público* y *empleado público* se han equiparado, lo cual se evidencia en su artículo 77, denominando a ambas categorías como todo “aquel que participe accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

En torno al desdoblamiento de la personalidad de funcionario, de manera que a un tiempo resulta intervenir en una relación contrato de operación como interesado y como órgano de Estado, el interés debe ser personal. Para tener por configurado este delito debe acreditarse la yuxtaposición de intereses configurada en razón a la vinculación que los agentes públicos cuestionados tuvieron con la empresa que aparece como contraparte de la Administración Pública y, además, una conducta parcial de ellos con tendencia beneficiar como elemento fundamental del tipo penal aludido, así desde esta duplicidad de roles y la mera posibilidad que desde sus cargos tomaron decisiones que favorezca al particular que en este caso será la contraparte, es decir para que se configure este delito se necesita un interés que permita sostener una sospecha de parcialidad del funcionario; para el conflicto de intereses basta solo con poder demostrar esa parcialidad, que nace solo de la mera oportunidad de utilizar sus facultades en iras de un beneficio²⁸.

En el Código Penal chileno se regulan las *negociaciones incompatibles* en su artículo 240^[29].

26 LASJE ANAYA/ GAVIER ENRIQUE ALBERTO. *Delitos contra la administración pública* Editora Córdoba.

27 BECERRA, CAROLINA. *Corrupción de los funcionarios públicos en el marco del artículo 265 del Código Penal Argentino*, p. 2.

28 DAYENOFF, DAVID ELBIO. *Código Penal. Concordancias, comentarios, Jurisprudencia*, az Editora.

29 “240.1: El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio.

La acogida de este delito en el Código Penal de Bolivia se hace siguiendo los mismos criterios doctrinales, regulando en su Título II los denominados Delitos contra la Función Pública, estableciendo en su capítulo II los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, previendo tal conducta el legislador en el artículo 150^o[30], bajo la denominación de Negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas.

El Código Penal de República Dominicana, por su parte, reconoce en el párrafo III del Capítulo V los delitos de los funcionarios que se hayan mezclado en asuntos incompatibles con su calidad, mediante los cuales regula los delitos de cohecho, concusiones y de soborno. Dentro de esto hace referencia a la manera de proceder de los funcionarios públicos en razón del cargo que desempeñan en asuntos económicos, reconociendo incompatibles tales conductas con el cumplimiento de sus funciones, regulando un sinnúmero de sanciones alternativas a la pena de libertad para este delito, reconociendo el mismo en su capítulo XIII como negociaciones incompatibles³¹.

En esta misma corriente legislativa se encuentra el Código Penal de Nicaragua, el cual establece en su Título VIII, los delitos peculiares de los funcionarios y empleados públicos y en su Capítulo XIII, reconoce el delito de Negocios incompatibles con el destino, el cual fue previsto por el legislador en los artículos 428 y 429, sobre los cuales se hacen una serie de especificaciones en cuanto a la comisión de esta figura delictiva y a las sujetos activos que satisfacen el tipo reconociéndolo como funcionario o empleado público.

El Código Penal de México reconoce, en su título décimo, a los delitos cometidos por servidores públicos cuya figura se iguala a la de los funcionarios públicos, estableciendo y reconociendo limitaciones en el ejercicio de la actividad como servidores públicos, regulando penas de privación de libertad y alternativas a esta en

“2): Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias”.

- 30 Expresa el delito de *negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*. “El funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días. “Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos en los cuales, por razón de su oficio, intervinieren y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto a los bienes pertenecientes a sus pupilos, curadores, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos”.
- 31 El que prevé en el artículo 428 tal figura, expresando que “El funcionario o empleado público que, abierta o solapadamente o de cualquier otro modo, tome para sí, en todo o en parte, finca o efecto en cuya subasta, arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, participación judicial, depósito o administración intervenga por razón de su cargo u oficio, o entre en parte en alguna negociación o especulación de lucro o interés personal sobre las mismas fincas o efectos, o sobre cosa en que tenga intervención oficial, sufrirá la pena de inhabilitación especial de dos a tres años y una multa equivalente al valor de la cosa o interés”.

dependencia del hecho cometido y las condiciones mediante las cuales ha llevado a cabo el desempeño de su empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a estas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales.

Podemos expresar que tanto el Código Penal de Argentina como el nuestro (cubano), regulan este delito en el título que protege la administración pública en sentido general, coincide en reconocer en su Título XI Los Delitos contra la administración pública, regulando en el Capítulo VIII Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, Artículo 265³².

El Código Penal de Honduras, en el Título XIII tipifica los delitos contra la Administración Pública, y en su capítulo VII reconoce el delito de Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas regulado en el artículo 374 de la propia legislación³³.

El Código Penal de Guatemala reconoce en su Título XIII los delitos contra la Administración Pública y en su capítulo V a las negociaciones ilícitas, sin ofrecer una definición de esta figura, reconociendo a partir del artículo 449 las figuras delictivas de la concusión, fraude, exacciones ilegales, y el cobro indebido, reconociendo que el agente comisario del mismo tiene que ser la persona de un funcionario público que de una u otra forma participe en una concertación, operación o contratación con el propósito de lucro, reconociendo que pueden ser cometidos por los árbitros, peritos, contadores, tutores, albaceas y síndicos, con respecto a las funciones que como tales desempeñen.

32 “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Coincide además en reconocer y hacer extensivo estas sanciones para los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones públicas en el carácter de tales”.

33 “El funcionario o empleado público que directamente o por medio de otra persona, o por actos simulados, se interese, con ánimo de lucro personal, en cualquier contrato u operación en que estuviera participando por razón de su cargo, será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión. Lo dispuesto en el párrafo precedente será aplicable a los peritos y contadores particulares que hayan participado en la tasación, partición o adjudicación de bienes y a los tutores o curadores y a los síndicos de una quiebra”, y en el artículo 375. “La sanción establecida en el artículo anterior se aplicará al funcionario o empleado que, con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad, o dictamen que deba pronunciarse ante la misma”.

Todo lo anterior nos demuestra que efectivamente esta figura delictiva ha sido conceptualmente reconocida como negociación ilícita, negociación prohibida, negociación ilegal o negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas, y que la misma ha versado doctrinalmente desde diferentes posturas teóricas, que parten de analizar al mismo teniendo en cuenta el bien jurídico que este delito en sí protege, considerando algunas posiciones doctrinales que protegen los delitos contra las Funciones Públicas o contra la Administración Pública, basándose para ello en el llamado *deber del cargo*. Se identifica este como un deber subjetivo que tiene el funcionario público y que nace de la especial relación que le une con el Estado, que a su vez termina lesionándolo, considerándose una infidelidad y traición a la confianza que el ente público le ha otorgado en el desempeño de sus funciones.

En la mayoría de los textos legislativos, esta figura delictiva es regulada, dentro de su parte especial, en un título que agrupa a los delitos cometidos contra la Administración, donde incorporan delitos que lesionan este poder estatal, por ser considerado uno de los poderes básicos del Estado. Tal regulación lo hace asumiendo el criterio doctrinal que considera que las funciones públicas que realiza un funcionario son dimanante de la soberanía del Estado, como poder básico, por ser ese el interés preponderante objeto de protección por esta figura delictiva.

Cuando las afectaciones entran dentro del llamado riesgo inherente a la negociación, se responde desde el dolo civil. Cuando el agente excede los riesgos normales que genera el contrato, los riesgos racionales y provoca afectaciones, el agente ha excedido el llamado riesgo permitido, y desde la teoría de imputación objetiva debe responder penalmente, bien de forma dolosa por representación o bien de forma culposa.

A manera de conclusiones parciales, podemos plantear que en la etapa de negociación puede lesionarse o ponerse en peligro a un bien jurídico penalmente tutelado por el Derecho Penal; la lesividad provocada a este da lugar a los delitos funcionariales, que a la vez son manifestaciones de corrupción.

Entre las cuestiones que debemos señalar es que las figuras delictivas que atentan contra la Administración Pública demuestran su peligrosidad social, así como su vinculación con la realidad económica, regulándose este tipo penal en varias legislaciones que al propio tiempo lo conceptualizan de diversas maneras y se agrupan en dos títulos diferentes en la mayoría de los cuerpos consultados. Una parte de estos lo agrupan el título denominado Delitos contra las funciones públicas o la Administración Pública. Otros que lo agrupan dentro de un título que regula los delitos contra la Administración de Justicia, donde suelen incorporar delitos que lesionan al poder estatal, partiendo tales regulaciones legislativas del objeto de protección de esta figura delictiva.

Este delito comprende una de las manifestaciones más evidentes de la corrupción en el ámbito económico y de la contratación, ya que el mismo alberga la percepción de

conductas ocultas, cometidas por la actuación de personas investidas de funciones públicas o privadas, las que los convierten en funcionarios de la Administración, los que llevan a cabo la violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya sea para sí o para terceros, como ha previsto el legislador.

REFERENCIAS

ABANTO VÁZQUEZ, MANUEL A. *El tratamiento penal a los delitos contra la administración pública*. Disponible en: <http://www.europapress.es/internacional/-delito-negociacion-ncompatible> Consultado el 13 de junio de 2014.

BECERRA, CAROLINA. *Corrupción de los funcionarios públicos en el marco del artículo 265 del Código Penal Argentino*, p 2.

BETANCOURT RICARDO, OXANA LIDIA. “La forma de celebración de contratos por vía electrónica al amparo de la legislación vigente cubana”. *Revista de Derecho, Comunicaciones y nuevas Tecnologías*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, n.º 6, diciembre de 2011.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. “*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*.” 2a ed, adaptada al Código Penal de 1995. Tirant lo blanch. 1996.

CARO CORIA, DINO CARLOS. *El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho Penal Económico*.

CASELL LÓPEZ, MAGALY. “*La Política Criminal*” Colectivo de autores. Ed. Félix Varela. La Habana, Cuba, 2004, citando Hans Jescheck Heinrich “Nueva Dogmática y Política Criminal en Perspectiva comparada”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fascículo I, 1986.

CASTRO MORENO, ABRAHAM. “Negociaciones prohibidas a los funcionarios y autoridades en Derecho Penal. Especial referencia al ámbito de la Administración Local”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 22, 2005, pp. 5 a 35.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, S.A.

COBO ROURA, NARCISO. “Contratos, corrupción y tutela judicial: Un acercamiento”. *Revista Cubana de Derecho*. n.º 23-24, enero-diciembre, 2004.

CREUS, CARLOS. *Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición actualizada y ampliada. Editorial ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 1992.

DAYENOFF, DAVID ELBIO. *Código Penal. Concordancias, comentarios, Jurisprudencia*, AZ Editora.

DELGADO VERGARA, TERESA. “*El contrato como institución central en el ordenamiento jurídico*”. Ponencia presentada por la autora en la I Jornada de Derecho de Obligaciones y Contratos “Antonio Díaz Pairó *in memoriam*”, celebrada en junio de 1996. En *Lecturas de Obligaciones y contratos*. Universidad de la Habana, La Habana, 1999.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA. *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,828,0,0,1,0>. Dialnet-. Consultado el 14 de junio de 2014.

JAKOBS, GÜNTHER. “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”. SÁNCHEZ VERA y GÓMEZ-JARA DÍEZ (trad.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara Editores, Lima, 2007

LASJE ANAYA/ GAVIER ENRIQUE ALBERTO. *Delitos contra la administración pública*, Editora Córdoba.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO. *Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho Penal Económico en Cuba*. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11559&revista_caderno=3. Consultado el 14 de junio del 2014.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO. *El concepto de funcionario público en Cuba. Un punto de contacto entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,653,0,0,1,0>. Consultado el 14 de junio del 2014.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2da Edición. Euros Editores S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 2003.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios el ejercicio de su función*. pp. 305-336, Poder Judicial.

RAMOS, MARÍA ÁNGELES y ZANAZZI, SEBASTIÁN. *Los delitos de peligro y el principio de lesividad*. Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

REYES ALVARADO, YESID. *Imputación Objetiva*. Tercera Edición. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2005.

ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal. Nueva Doctrina Penal. Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamiento-penal.com.ar/ndp/ndp006.htm>. Consultado el 15 de diciembre del 2013.

UGARTE VEGA CENTENO, MÁXIMO ALFREDO. "El Derecho Penal Económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales. Gestión en el tercer milenio". *Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas*, Año 6. n.º 12, Lima, Perú, diciembre 2003.