

CONTRATACIÓN ECONÓMICA Y DERECHO PENAL: UNA FRÁGIL LÍNEA EN EL ESCENARIO ECONÓMICO ACTUAL

*Manuel Alberto Leyva Estupiñán**

*Arlín Pérez Duharte***

*Larisbel Lugo Arteaga****

*Ana María Infante Almaguer*****

Resumen: El artículo analiza las relaciones existentes entre los procesos de contratación económica y el Derecho penal. Es el producto de una investigación doctoral. En la misma se valoran algunas de las características de los procesos de negociación de contratos económicos y cómo puede surgir una relación jurídico penal. Entre los elementos fundamentales para determinar la presencia de ilícitos penales está la determinación del tipo de dolo y la

* Profesor Auxiliar de la Universidad de Holguín. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Holguín. Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad de Holguín; Holguín, Cuba. Correo-e: mleyva@fh.uho.edu.cu

** Profesora Titular de la Universidad de la Habana. Doctora en Ciencias Jurídicas. Secretaria de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales; Holguín, Cuba. Correo-e: arlin@lex.uh.cu

*** Profesora Asistente de la Universidad de Holguín. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Holguín; Holguín, Cuba. Correo-e: llugo@fh.uho.edu.cu

**** Profesora Asistente de la Universidad de Holguín. Licenciada en Derecho. Segunda Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad de Holguín; Holguín, Cuba. Correo-e: ainfante@fh.uho.edu.cu. Fecha de recepción: 14 de junio de 2016. Fecha de aceptación: 15 de enero de 2018. Para citar el artículo: MANUEL EDUARDO LEYVA E. *et al.* "Contratación Económica y Derecho Penal: una frágil línea en el escenario económico actual", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, n.º 105, julio-diciembre de 2017, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-36. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n105.02>

existencia o no del llamado riesgo permitido. Se realizan algunas valoraciones pertenecientes a la dogmática penal y al Derecho de contratos. Entre los aspectos que se analizan está la búsqueda de argumentos doctrinales para la solución de conflictos mediante vías distintas al Derecho penal. Resulta necesario que esta materia sea realmente un Derecho de *última ratio*.

Palabras Clave: Derecho penal, Contrato económico, Negociación, Riesgo permitido.

ECONOMIC CONTRACT AND CRIMINAL LAW: A THIN LINE IN THE PRESENT ECONOMIC SCENARIO

Abstract: The article examines the relations between the processes of economic contracts and the criminal law. It is the product of a doctoral investigation. In the investigation we examined some of the characteristics of the processes of negotiation of economic contracts and how can appear a juridical penal relation. The allowed risk and the determination of the type of fraud constitute two fundamental elements to delimit the process. It have some assessments that belong to the penal dogmatics and the right of contract. In the investigation we look for the arguments to solve the conflict by a road different to the penal right. It is necessary that penal right to be of minimal intervention

Keywords: Criminal law, Economic Contract, Negotiation, Allowed Risk.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo globalizado y, aunque queramos, no podemos impedir que las complejas manifestaciones en que se produce la delincuencia organizada acechen el entorno cubano. Unido a lo anterior, el proceso de transformaciones y cambios experimentados a raíz del sexto Congreso del PCC implica una actualización¹ del modelo económico cubano. La aparición² o expansión de actores no estatales en la

1 El término actualización parte de considerar que este nuevo modelo se implementó en Cuba a partir de la Reforma Constitucional de 1992 y las medidas tomadas entonces para salir de la crítica situación económica por la que atravesaba el país, resultado a su vez de la desintegración de la URSS y la pérdida del 76% del mercado y comercio cubano. Medidas tales como la aparición del Trabajo por Cuenta Propia, fomento de la inversión extranjera, despenalización de la tenencia de la divisa, reconocimiento de otras formas de propiedad, por solo citar algunas. Otros autores consideran que estamos ante un nuevo modelo, o en su caso un proceso de reforma del modelo. El término reforma presenta rasgos simbólicos, asociados a procesos de desmontaje de sistemas o paquetes de medidas de corte neoliberal, por solo citar algunas de sus comunes acepciones, que lo hacen rechazable desde una mirada política.

2 Por ejemplo las Cooperativas No Agropecuarias.

economía cubana, el incremento de la inversión extranjera, la migración interna y externa, entre otros, unidos al deterioro de valores y una mayor complejización de la sociedad cubana obligan a enfoques multidisciplinarios de los asuntos que solo los cubanos debemos resolver.

En este escenario, los procesos de contratación constituyen herramientas indispensables en aras de lograr un crecimiento económico sostenible. Sin embargo y por múltiples causas, algunas estructurales y otras subjetivas, se repiten a diario errores en estos procesos con lamentables consecuencias para el país. En el trabajo presentado intentamos valorar algunas cuestiones propias de la doctrina y la dogmática penal propias de la llamada delincuencia económica. Es precisamente en la etapa de la negociación del contrato o también llamados contratos preliminares, donde se generan algunas de las afectaciones económicas que aparecerán en etapas posteriores del contrato, impidiendo en algunos casos su feliz término.

En esta etapa de negociación, cuestiones como la determinación de la existencia del dolo civil o el dolo penal, si estamos en presencia de un riesgo permitido o un riesgo repudiado desde el Derecho penal constituyen posibles límites para la aplicación o no de la denominada coraza protectora del ordenamiento jurídico: el Derecho penal.

Para arribar a lo anterior no solo debe el jurista que se desempeña en el campo de las ciencias penales dominar las leyes penales, ordinarias o especiales, sino que debe incorporar a su acervo científico-profesional nociones de economía, contabilidad, auditoría, de Derecho internacional privado, de política fiscal, de mercados y funcionamiento de sociedades anónimas, por citar algunos. Intentaremos pues, desde otros puntos de vista, ofrecer nuestras modestas valoraciones al respecto.

1. LA CONTRATACIÓN ECONÓMICA Y SU TRASCENDENCIA AL ÁMBITO PENAL. ENTRE LA NECESIDAD Y EL EXCESO

La voz contrato proviene del latín *contractus* que a su vez es participio del verbo *contrahere*, el cual significaba “lo contraído”; por tanto, no era más que la situación que daba origen a un *vinculum iuris* de carácter especial, este es la *obligatio*³.

En la actualidad, la contratación económica⁴ constituye una herramienta imprescindible en la actualización del modelo económico cubano. La trascendencia a la materia

3 OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. (compiladora), *Teoría General del Contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

4 Asumiendo la definición ofrecida por artículo 1 del DL 304/2012 entendemos al contrato económico como el acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídico-económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas

penal está relacionada con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado. En la investigación que hoy presentamos centraremos nuestra atención en dos figuras delictivas: las previstas en los artículos 140 y 153.2 de la Ley 62/1987.

No resulta hoy posible prescindir del contrato para regular la vida contemporánea. Como define Delgado Vergara, el contrato no puede reducirse solo a institución jurídica.

Desde el punto de vista jurídico podemos analizarlo desde el prisma de la relación jurídica, en tanto relación social de relevancia para el Derecho; desde el prisma del negocio jurídico, en tanto acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, en este caso la creación, modificación o extinción de una obligación que es en definitiva una relación jurídica; y desde el prisma de la institución jurídica ya en el orden metodológico conceptual a los efectos de entenderlo como un supraconcepto al decir de Díez-Picazo aplicable a todos los campos y, por consiguiente, tanto al Derecho Privado como al Derecho Público⁵.

La contratación equivocadamente se percibe en ocasiones como el *momentum* en que se firma un contrato. No constituye un acto, sino un proceso que tiene identificados tres etapas principales: la negociación previa, la formalización y la ejecución del contrato.

Díez Picazo⁶ opone que solo existan dos fases en el *iter-contractus*. Para este autor, debe diferenciarse la fase de formación o preparación, coincidente con los actos de gestación, y una segunda de ejecución, relativa a la consumación. Considera que ambas etapas se hallan separadas por la perfección del contrato, reduciendo así esta última a un simple momento o punto de referencia.

En virtud de lo anterior, estas páginas abordarán la responsabilidad contractual en la primera etapa o de negociación (la llamada responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*), y solo cuando la misma pueda generar ante violaciones graves, responsabilidad penal. A manera de definición del campo investigativo resulta preciso delimitar que estas páginas versarán sobre la contratación económica y no sobre los contratos civiles, mercantiles, internacionales, etc. Lo anterior puede resultar difícil,

naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país.

5 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, p. 110.

6 Díez -PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo 1, 4ª Edición, Cívitas, 1993, pp. 267-269, citado por: Colectivo de Autores, *Derecho de Contratos*, Tomo 1, Teoría General del Contrato, La Habana 2001, p. 146.

pues no solo la vigente legislación en materia de contratación económica posibilita la aplicación de normas propias del Código Civil o el Código de comercio, sino que también resulta frecuente la aplicación y fusión de normas diversas en materia de contratación en el mundo contemporáneo. Hablaremos entonces de los difusos límites cada vez más cercanos entre el Derecho penal y un Derecho económico⁷, entendido como un conjunto de principios y normas de diversas jerarquías, sustancialmente de Derecho público que inscriben un marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica y social de un país.

El enfoque teórico acuña la idea de que el contrato se funda en la libertad y en la igualdad. En la práctica se observa una generalización de un sistema de negociaciones estandarizado que denota la inexistencia de la libertad y la igualdad plena en la contratación, existiendo la posición preponderante de las grandes empresas que basan su actuación en el individualismo más que en los principios de libertad e igualdad.

Dentro de las diversas definiciones⁸ sobre los procesos contractuales existe coincidencia en considerar que constituye un negocio jurídico por excelencia. Podría considerarse al contrato como “un negocio jurídico (esfera de la voluntad y de la libertad individual), bilateral (esfera de la igualdad de las partes) en cuya virtud se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas obligatorias”⁹.

En la etapa previa del contrato –la que nos ocupa en estas líneas– es comúnmente admitido que en el desarrollo de los tratos o negociaciones que preceden la posible celebración de un contrato existen entre las partes determinados deberes que surgen desde que entran en contacto con el propósito de negociar. No obstante la ausencia de cualquier vínculo contractual en ese momento, la infracción de alguno de esos deberes precontractuales da lugar a la llamada responsabilidad por culpa incontra-

7 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Navarra, Thomson Reuters (Cívitas), 2010, pp. 36-39. YERA, LUIS MARCELO, *Una acertada separación: funciones estatales y empresariales*. En Cuba: Investigación Económica, año 5, n.º 4, octubre-diciembre 1999.

8 En el Decreto Ley 15 del 3 de julio de 1978 se definía por contrato económico el que tiene por causa y expresa jurídicamente las relaciones económicas monetario-mercantiles, entre los sujetos mencionados en el artículo anterior, y establece las obligaciones emergentes de las mismas, a fin de asegurar la cooperación organizada para la ejecución del Plan Único de Desarrollo Económico-Social de la Nación. Otra definición recogida en un proyecto legislativo del 21 de marzo del 2000 del Ministerio de Economía y Planificación anterior al DL 304 entendía por contrato el acto jurídico mediante el cual dos o más personas naturales o jurídicas, sujetos de relaciones económicas de contenido patrimonial, consienten en obligarse recíprocamente para la ejecución de una determinada actividad productiva o comercial o la prestación de determinados servicios. Asimismo, mediante el contrato económico se interpretan, modifican y extinguen relaciones de esta naturaleza. Por último, la Resolución n.º 2253/2005 estableció la Contratación Económica como un proceso en el que se integran los diferentes sujetos que actúan legalmente en la economía nacional para, mediante la concertación de contratos, garantizar sus respectivos planes económicos y satisfacer sus necesidades, y con los objetivos y prioridades de nuestra sociedad.

9 Ídem, p. 122.

hendo o responsabilidad precontractual del infractor, si de ella han derivado daños para el otro negociante.

En el proceso de negociación de un contrato, la aceptación de ventajas, prebendas, regalos o beneficios de cualquier índole en sentido general, unido a un actuar distinto al exigido (cuando el agente es un funcionario público, actúa en representación del Estado, etc.) puede incidir en el comienzo de una relación jurídica de índole penal. La figura delictiva en este caso clasifica como un clásico delito de cohecho, que en el caso cubano, si está asociado a un proceso de contratación económica, podría constituir una negociación ilícita, especie de cohecho impropio.

La contratación como proceso tiene riesgos inherentes a cualquier negocio jurídico. Valdría la pena formularse el siguiente cuestionamiento: ¿Cuándo se genera un riesgo jurídicamente desaprobado por el Derecho Penal?¹⁰

El incumplimiento en el proceso de ejecución contractual no constituye por sí mismo el nacimiento de la relación jurídico-penal. La solución a este conflicto dado en las relaciones sociales tiene cauce propio en la jurisdicción económica y/o en entes arbitrales que pueden estar de hecho previstos en el propio negocio jurídico. La existencia de dolo civil en materia contractual excluye el posible dolo penal. Si el sujeto intencionalmente hace fracasar el proceso de contratación en materia económica, y su actuar conlleva una afectación patrimonial el delito puede estar presente, pero igual debe ser probado.

La validación de que se ha violado alguno de los principios¹¹ en materia de contratación puede constituir el primer análisis sobre la trascendencia penal. Los elementos esenciales del contrato constituyen el punto de partida a la hora de valorar la trascendencia a lo penal de un proceso de negociación contractual. Existe cierto consenso en considerar como elementos esenciales el consentimiento, la causa y el objeto. Otros autores consideran que la forma bien puede considerarse elemento esencial.

La finalidad, en la mayoría de los casos donde ha surgido una relación jurídico-penal, ha consistido en lograr determinados beneficios¹² en las relaciones contractuales con el Estado cubano.

10 REYES ALVARADO, YESID, *Imputación Objetiva*. Tercera Edición. Bogotá. Editorial Temis S.A., 2005, p. 90.

11 En el DL 304/2012 y su legislación complementaria reconoce algunos como la buena fe o *bonam fidem* (incluye la prohibición a actuar de mala fe en las negociaciones o tratos preliminares), de la confidencialidad, de la libertad de forma (con adecuaciones), de la evitación de cláusulas abusivas, de la cooperación en la interpretación, de la oferta y la aceptación, de la claridad y precisión del contenido del contrato, del derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, del derecho a solicitar la modificación del contrato.

12 El profesor Cobo Roura identifica algunos como: a) la elección preferente de la contraparte extranjera; b) la obtención y preservación de exclusivas; c) la inclusión de cláusulas vejatorias que impiden o

La jurisprudencia en materia penal asociada a procesos de contratación económica es relativamente joven en nuestro país. En la mayoría de los casos revisados la afectación se origina a partir del pacto de cláusulas abusivas¹³ para el Estado cubano según *Arbitrum iudicis* en sede penal. La etapa de la negociación previa es propicia para que acontezcan actos tentados, pero es probable también la presencia de actos consumados, lo que estos se constatan con mayor acento en la etapa de concertación y en la de ejecución.

Desde el punto de vista penal existe consenso en que el Derecho penal protege bienes jurídicos, y no como dice Jakobs, la vigencia de la norma. En nuestro criterio, el contenido de los bienes jurídicos son los valores. En el debate y como crítica a los que defienden la postura de asumirlo como valores fundamentales, se aduce que los valores existen con independencia a que sean reconocidos por el Derecho positivo o no, lo cual no deja de ser cierto. Sin embargo, asumir el carácter subsidiario del Derecho penal implica que los objetos de protección de las normas penales son tutelados también por otras normas jurídicas. El Derecho penal no es la única rama que protege bienes jurídicos: lo hace cuando los ataques a estos bienes son muy graves (carácter fragmentario) o cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico han fallado o resultado ineficaces (carácter subsidiario).

Los teóricos del marxismo han insistido en el contenido socio-histórico de los valores y la jerarquía de valores dentro de un sistema. En materia penal son esos valores fundamentales los que son tutelados. No puede concebirse el Derecho como un ente abstracto. La norma, por encima de cualquier otra consideración, lleva en sí los valores y aspiraciones del grupo políticamente dominantes en la sociedad. Las leyes, incluidas las penales, reflejan las condiciones esenciales de vida de las sociedades de clases y se sintetizan determinados valores como fórmula de consenso de las clases dominantes¹⁴.

Hablar de bien equivale necesariamente a hablar de valor, pero no todo valor relevante al Derecho constituye bien jurídico penal; de hecho, existen valores que no constituyen ni adquieren la condición de bien jurídico penal. Son solo los valores

limitan la exigencia de responsabilidad; d) el sobredimensionamiento de los trabajos; o e) la sobre facturación. Cfr. COBO ROURA, NARCISO, "Contratos, corrupción y tutela judicial: Un acercamiento", *Revista Cubana de Derecho* n.º 23 y 24, enero-diciembre del 2004, p.49

13 Por el delito de Actos Contrarios a la Actividad Económica y la Contratación las sentencias siguientes: Sentencia n.º 180 de 2010 de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial de Ciudad Habana del 13 de diciembre de 2010, Sentencia n.º 110 de la Sala Quinta del Tribunal Provincial Popular de Holguín del 13 de agosto del 2012 y las sentencias n.º 77/2014 del 14 de mayo del 2014, Sentencia n.º 83/2014 del 15 de mayo del 2014, Sentencia n.º 102/2014 del 2 de junio del 2014, de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Holguín.

14 MÉNDEZ, JOSEFINA, *El modelo de creación de leyes en Cuba*. Tesis presentada en opción al grado científico de Dra. en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2009, p.16.

fundamentales de la sociedad (que por su carácter histórico los valores pueden cambiar y lo que hoy se considere fundamental o necesario proteger mañana puede no serlo), que se desprenden, como sistema, de los valores fundamentales reconocidos por la Constitución.

Coincidimos con lo expresado por el profesor de Múnich¹⁵ en relación con la derivación de los bienes jurídicos de la Constitución, en tanto esta plasma los límites al poder punitivo del Estado. Valorar la derivación constitucional de los bienes jurídicos tutelados por normas penales implica asumir que los movimientos constituyentes reflejan conquistas sociales llevadas al plano jurídico con una fuerte carga axiológica, pero también intereses económicos, políticos e ideológicos.

Es válido aclarar que los valores, así como los bienes finalmente tutelados podrán ser siempre objeto de discusiones, tanto por ausencias como por excesos. Discusiones estas que olvidan el carácter clasista del Estado y el Derecho; al responder a una ideología determinada, el legislador no hace sino proteger aquellos valores del grupo dominante, incluso algunos ajenos a este, pues las normas son portadoras de valores pero reflejan las luchas de clases en el seno de la sociedad y las contradicciones existentes. El Derecho penal, por tanto, más que ciencia constituye herramienta del poder. Ciertamente pueden ocurrir desfases temporales con los valores defendidos por la propia ideología, pero finalmente las modificaciones en la norma positiva suplen estas carencias. Termina así el Estado, siendo también objeto de tutela del Derecho Penal¹⁶.

Cuando afirma el profesor sevillano Muñoz Conde¹⁷ que los “bienes jurídicos son producidos” entendemos que su reconocimiento por las normas positivas es lo que convierte un valor en bien jurídico penal.

Consideramos que los bienes jurídicos constituyen el conjunto de valores de los individuos y la sociedad políticamente organizada; no todos, sino los fundamentales. Estos no existen independientes de la realidad, sino que son condicionados por ella. Los valores no existen fuera de las relaciones sociales, fuera de la sociedad y el hombre; por el contrario, son construidos por este y poseen un carácter histórico concreto, ya que lo que tiene significación positiva en un momento, la pierde en otro

15 ROXIN, CLAUS, “*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*” Traducción de la Segunda Edición alemana. Editorial Civitas S.A. Madrid, España, 1997, p. 55.

16 Los delitos contra la seguridad del Estado, contra la economía nacional, contra la administración y jurisdicción, por solo citar algunos ejemplos, manifiestan bien de manera directa o bien de manera accesoria, la condición del Estado como objeto del tutela del Derecho penal.

17 HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. España, Ed. Tirant lo Blanc, 1989, p. 111.

y viceversa¹⁸. Lo anterior legitima la despenalización de aquellas conductas que no representan un riesgo real y grave¹⁹ a la humanidad.

Desde otro enfoque, al protegerse bienes jurídicos de naturaleza penal se está garantizando la estabilidad política y social del sistema, se está otorgando a esas aspiraciones de clase una significación positiva, constituyendo una manera diferente de mantener la estabilidad, no ya por medio de la coercitividad propia de las normas jurídicas, sino mediante formas de dominación y consenso construidas desde la contradicción entre el ser y el deber ser, entre lo justo y lo injusto. Habrá que entender estos valores como “la significación socialmente positiva que adquieren los objetos y fenómenos de la realidad al ser incluidos en el proceso de actividad práctica humana”²⁰. Es a través de los valores aspirados, llevados a la condición de bien jurídico, que se logra la función motivacional del Derecho penal. Existe por tanto una relación dialéctica entre qué se protege y lo que se desea lograr. Protegiendo valores se conculcan los valores deseados.

Si consideramos al bien jurídico penal como valores²¹ tutelados penalmente, que se manifiestan en concretas relaciones sociales y que adquieren su legitimidad desde su derivación de la Constitución, la primera interrogante relacionada con los procesos de contratación económica sería si esta merece ciertamente de tutela penal. De la sistemática de la Ley 62/1987 puede inferirse que las violaciones en los procesos de contratación afectan como bien jurídico el buen funcionamiento de la administración y la jurisdicción.

Lo anterior implica definir si axiológicamente estas normas penales están legitimadas, no ya por la existencia de límites internos del propio ordenamiento jurídico-formas acaso visibles –de la lesividad en materia penal–, sino por la defensa consciente de valores colectivos imprescindibles para la sociedad misma. ¿O acaso estaríamos ante una manifestación más de la administrativización²² del Derecho penal? Las razones

18 FABELO, JOSÉ RAMÓN, *Práctica, conocimiento y valoración*. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales, 1989, pp. 31-37.

19 Esta idea concreta la concepción del Derecho Penal, como un Derecho de *última ratio*. También explica una de las funciones del bien jurídico: la interpretación. Por tanto, el Derecho penal como última de las opciones protege subsidiariamente los bienes jurídicos defendidos también por otras ramas.

20 FABELO, *op. cit.*, p. 43.

21 MEDINA CUENCA, ARNEL, *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*. La Habana, 2002, p. 7.

22 La “administrativización del Derecho penal” implica la relegación del bien jurídico por la idea de función y con ello la reducción de los requisitos necesarios para que exista un merecimiento de la pena: ha dejado de conectarse con una vulneración del interés protegido, o con la capacidad *ex ante* para producir una lesión. El Derecho penal ha asumido “el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador”, encargado de la “gestión ordinaria de problemas sociales”: en FUENTES OSORIO, JUAN L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia*

fundamentales por las cuales se ha iniciado una cifra importante de procesos penales por ilícitos relacionados con el tema obedecen –o al menos así ha trascendido– en alguna medida a criterios político criminales y en la mayoría de los casos a fundamentos político-penales con ciertos costos para el ideal de justicia²³.

La segunda interrogante podría enfocarse en qué fines se persiguen por el legislador al tipificar conductas relacionados con los procesos contractuales. Resolver los problemas estructurales de la economía desde una base penológica²⁴ no solo iría contra principios establecidos durante siglos de Derecho penal como la mínima intervención, el carácter subsidiario y fragmentario, etc., sino que a la larga estaría lastrando la efectividad del Derecho penal, para finalmente estar seguros de haber instituido delitos y encarcelado a sujetos, pero difícilmente el Derecho penal resuelve los problemas económicos-estructurales del país.

Como decíamos anteriormente, mediante las normas penales se protegen subsidiariamente bienes jurídicos. En el Derecho económico y mercantil existen vías para la solución de conflictos menos onerosas que la penal. Como diría Ferrajoli, ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Podríamos estar hablando de un Derecho penal simbólico.

La tercera pregunta que nos podríamos formular siguiendo la máxima *nullum crime sine inuria* es si puede existir delito asociado a la contratación económica sin que se haya afectado la economía nacional o el buen funcionamiento de la administración. En la llamada sociedad postindustrial, o sociedad del riesgo, existen formas de adelantamiento de la punición penal. La ofensividad de una conducta en materia de contratación no tiene que necesariamente implicar la afectación económica. Cuando Roxin extrae de la esfera de los bienes jurídicos las meras inmoralidades y la ideología ignora no solo el carácter clasista del Derecho, y la estrecha relación entre Derecho e Ideología, sino también que las cuestiones ético-morales no son del todo intrascendentes para el núcleo duro de las normas penales, pues afectan bienes jurídicos como el buen funcionamiento de la administración. La probidad para el funcionario público es un requisito *sine qua non*, no una mera inmoralidad.

Penal y Criminología, 2006, núm. 08 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>. Consultado el 22 de noviembre del 2013.

- 23 Desde el punto de vista del proceso penal, en la mayoría de los procesos penales se ha hecho uso de las facultades conferidas en la LPP en su artículo 247, incidiendo en alguna medida en las garantías procesales de los acusados.
- 24 Al respecto puede ser ilustrativa la llamada lógica del carnicero de Zaffaroni para defender la tesis de que debe proteger el Derecho Penal y que no debe: en ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “La función reductora del Derecho penal ante un Estado de Derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, v Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. Publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* n.º 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003, p. 1.

La afectación económica generada puede constituir una condición objetiva de punibilidad²⁵, el elemento esencial de una figura delictiva agravada y en última instancia la existencia de responsabilidad civil derivada de delito. En la etapa de negociación puede lesionarse o ponerse en peligro un bien jurídico penalmente tutelado sin que se haya producido afectación económica alguna. Desde otro prisma, el legislador de 1987 no consideró proteger la economía nacional penando violaciones de los procesos de contratación. Lo tutelado en el caso cubano es el buen funcionamiento de la administración.

En otro orden, delimitar la existencia²⁶, en un proceso de contratación económica, del dolo civil o el dolo penal, no siempre constituye tarea fácil. La exigencia de no dañar a otros del Derecho romano, *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada cual lo que le corresponda), traslada a la categoría responsabilidad las consecuencias por su violación. También las normas civil o económica, según el caso, protegen bienes jurídicos: en la primera, podríamos decir, barrera de contención y la norma penal los protege de manera subsidiaria. Rasgo fundamental del delito es su tipicidad, a diferencia de la atipicidad propia del acto ilícito civil, el cual también se conoce en la doctrina como delito civil. Es decir²⁷ que todo hecho doloso o culposo puede dar lugar a una indemnización aunque no esté especialmente previsto en la ley, pero solo pueden ser reprimidos con una pena aquellos que estén regulados como delito en la ley penal, lo cual responde al conocido principio de legalidad que expresa *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege penale*.

En el incumplimiento de contratos con trascendencia a lo penal debe valorarse que los procesos penales se caracterizan por tener como origen un negocio cuyo cumplimiento no realiza una de las partes. La diferencia existe, y es que un comportamiento con naturaleza aparentemente civil puede tener, por el contrario, carácter penal. Para considerar que la parte contratante que no cumplió el contrato ha incurrido en una infracción de carácter penal, es preciso acreditar que dicha persona, desde que celebró el contrato, había decidido dolosamente no cumplirlo; tiene que demostrarse, por lo tanto, que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes. La exigencia *damna sunt praestanda* (todo daño causado dolosamente debe indemnizarse) no implica necesariamente que sea por la vía penal.

La prueba de ese dolo original solo puede consolidarse por medio de aquellos elementos que, debidamente analizados en relación con el contrato de referencia, en-

25 Desde el punto de vista dogmático, tiene incidencia en que no necesitan ser incluidas en el dolo del agente, la existencia de un grave perjuicio a la manera en que aparece en el artículo 140.2 de nuestro Código Penal, lleva al autor a responder por esa figura agravada.

26 Sentencia por Amparo directo 6288/84. José Isidro Montes Mendoza. Sala Auxiliar. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 199-204, 14 de noviembre de 1985. Séptima Parte, p. 415.

27 OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD; DELGADO VERGARA, TERESA, *Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código civil cubano*. La Habana, Cuba, diciembre de 2000.

gendren en el juzgador la convicción plena de que el contratante pactó a sabiendas de que no llegaría a cumplir. En tales casos, el incumplimiento no es otra cosa que la consumación de la conducta delictiva.

Según De La Caridad Ojeda, se aprecia dolo "... cuando existe una persona que se vale de artificios o engaños para inducir a otra a otorgar su voluntad para la realización de un negocio que de otra forma no hubiera efectuado". Refiere, además, que el Código Civil cubano prefiere denominarlo fraude, considerando que está presente, según lo preceptuado por el artículo 71, cuando una parte infunde a la otra una falsa creencia, o la confirma en ella, a fin de que emita una manifestación de voluntad que en otras circunstancias no habría hecho.

También se miente con el silencio²⁸. La omisión o reticencia dolosa consiste en callar la verdad cuando se sabe que la otra parte está equivocada respecto de un elemento esencial del contrato, que es determinante de su consentimiento.

En el pasado, la línea divisoria estuvo en la consideración de que el dolo penal lesionaba intereses sociales y al propio ordenamiento jurídico, mientras que el dolo civil solo afectaba intereses individuales. Parece una invisible construcción entre el Derecho privado y el Derecho público. Considero que en la actualidad, si bien pueden sostenerse criterios sobre el carácter público de las normas penales, la existencia de conglomerados de empresas en la forma de transnacionales, las violaciones contractuales provocan, además de perjuicios a accionistas privados, serias afectaciones a la colectividad, fundamentalmente cuando se trata de obras públicas con marcado beneficio social.

Las transformaciones en el modelo económico encaminadas a dotar de mayor autonomía a la empresa estatal socialista, así como la mayor participación de actores distintos al estatal –como forma fundamental de propiedad– implicarán cambios en la delincuencia. Se irá transitando, como apuntara en su momento el profesor De La Cruz Ochoa²⁹ desde una corrupción administrativa de poca monta hacia formas cada vez más complejas de delincuencia económica. Hasta el momento la mayoría de las violaciones penales asociadas a procesos de contratación económica podríamos ubicarlas en lo que el profesor Mejías Rodríguez³⁰ denomina dentro de la dogmática *Derecho penal económico en la empresa* o *crime as business*. No obstante,

28 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil*. Abeledo-Perrot, 1999, p. 304.

29 Intervención del Dr. Ramón De La Cruz Ochoa, ex Fiscal General de la República y Presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales a propósito de la Conferencia Magistral del Dr. Juan Terradillos Basoco en la X Escuela de Verano de la Habana sobre Temas Penales Contemporáneos. La Habana, julio del 2014

30 MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO, *Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba*. 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 de 2014.

consideramos que ante nuevos actores económicos y el incremento de la inversión extranjera directa (pensemos en la nueva Ley de Inversión Extranjera aprobada en marzo del 2014) podríamos transitar hacia la segunda variante donde la persona jurídica sería sujeto activo del delito, es decir, infracciones producidas por la empresa o *corporate crime*.

La existencia de mecanismos y controles administrativos anteriores a la aplicación de penas evita la conversión a un Derecho Penal *primaratio*.

2. LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN. APUNTES CONCEPTUALES

La palabra negociación proviene del verbo *negociar* con origen en el término latino *negotiarī*³¹, 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 negociación³² es un proceso y una técnica mediante los 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.

A la hora de negociar un contrato de naturaleza económica deben precisarse algunas de las variables que pueden incidir en el proceso tales como los aspectos *económicos* (gastos de negociación, resultados que se pueden lograr en términos financieros, el costo de no llegar a un acuerdo, etc. pues no se puede negociar a cualquier costo), *técnicas* (conocimiento especializado para el buen manejo del negocio, un óptimo técnico no siempre es un óptimo económico), *legales* (conocimiento del marco de lo que está autorizado por las leyes del país donde se realizará el contrato, la legislación de la contraparte, previsión de arreglo de futuras diferencias etc. actuar contra una disposición legal puede conducir a la nulidad del negocio jurídico, en la materia civil el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento), *ambientales* (lugar de los encuentros, comodidades creadas, posiciones que van a ocupar las partes; “Se debe estar en igualdad de condiciones”), *informativas* (qué información se necesita, cómo obtenerla, dónde obtenerla, cómo utilizarla, cuándo. “Información es poder”), *tiempo* (aprovechar o perder el tiempo, asociado al gasto de la negociación, usado como instrumento de presión, “Si el tiempo es dinero, también la paciencia paga”), *poder* (incertidumbre en un momento determinado, posibilidad de contar con otras oportunidades, capacidad y experiencia para influir, elementos de presión).

31 Gran Diccionario de la Academia de la Lengua Española.

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

La legislación vigente³³ en Cuba identifica estos actos en materia de contratación económica como tratos preliminares³⁴. La llamada *culpa in contrahendo* presupone que las partes no están obligadas a alcanzar un acuerdo. La libertad de negociación es uno de los principios generales del Derecho de contratos y un sub-principio asociado a la autonomía de la voluntad. En principio ninguna responsabilidad surge en caso de que fracasen las negociaciones para alcanzar un contrato.

Las partes deben actuar con buena fe y conforme a una negociación justa (*fair dealing*) respecto a la formación de un contrato. Este principio no puede ser excluido o limitado (*tus cogens*). La parte que rompe injustificadamente las negociaciones, habiendo creado una expectativa de que el contrato iba a celebrarse, debe responder. Es importante que la otra parte pudiera legítimamente esperar que el contrato fuera a perfeccionarse de acuerdo con el principio de la buena fe. No debe causarse daño a los demás (*neminem non laedere*). Iniciar o continuar negociaciones sin intención de alcanzar ningún acuerdo con la otra parte es una vulneración de la buena fe. La parte responsable debe resarcir el daño ocasionado. Esta opción de resarcimiento de acuerdo a presupuestos civiles debe respetarse, como primera vía de solución del conflicto negociador, y no acudir a la vía penal en primera opción. Lo anterior equivale a respetar el carácter subsidiario de las normas penales.

Para Alonso Pérez³⁵, catedrático de la Universidad de Salamanca, los tratos preliminares son las propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc. que integran el sustrato de la fase preliminar con las miras puestas en un contrato diseñado por las partes.

El carácter supletorio del Código Civil a lo regulado en materia de contratación económica, declarado en la Disposición Final Primera del Decreto Ley 304/2012³⁶, obliga a realizar algunas valoraciones doctrinales de esta naturaleza. En alguna medida el Decreto-Ley 304/2012 sirve de patrón para todos los contratos de índole económica, a los cuales la legislación civil le es supletoria.

33 Decreto- Ley n.º 304 “*De la Contratación Económica*” de fecha 1º de noviembre del 2012. *Gaceta Oficial* n.º 062 Ordinaria de 27 de diciembre de 2012.

34 “La parte que ha negociado y ha interrumpido la negociación o tratos preliminares de modo contrario a la buena fe, es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra por la no concertación del contrato” Artículo 11.2. DL 304/2012.

35 ALONSO PÉREZ, M., La responsabilidad precontractual, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1971, p. 860.

36 La actual legislación en materia de contratación económica en Cuba deja abierta, a manera de definición negativa, la aplicación del DL 304/2012 a los contratos internacionales según se deduce del artículo 1 apartado segundo. Siguiendo la misma lógica podría entonces aplicarse los principios de la Unidroit a contratos firmados bajo el imperio de esta legislación.

En primer lugar, la aparición de posibles delitos en esta etapa tiene linderos, a veces imprecisos, con la responsabilidad pre-contractual. Esta responsabilidad es cuestionada en ocasiones sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. Al respecto vale aclarar que todo derecho tiene límites, y es precisamente el derecho ajeno uno de los límites doctrinalmente reconocidos. No puede justificarse la creación de afectaciones a un tercero que ha confiado en la oferta realizada, y que en tal sentido ha incurrido en gastos y prestaciones actuando sobre la base de la *bona fiden*. Las partes que han establecido ya ciertos contactos asumen deberes como la cooperación y la información veraz, algunos impuestos por principios generales del Derecho, otros por lo que puede llamarse una ética negocial. En nuestro criterio, en estos actos existe una responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*.

La afectación ocasionada por la ruptura injustificada (de mala fe) de las negociaciones está incluida en los Principios de la UNIDROIT³⁷ como generadora de responsabilidad. Lo anterior implica que en esta etapa inicial del contrato entendida como negociación o tratos preliminares existe la obligación de no dañar a otro actuando siempre de buena fe. En cambio, si una parte actúa de modo distinto, el daño que ocasione debe ser indemnizado.

Si durante la etapa preliminar del contrato se genera un daño para la parte responsable del mismo surge la obligación de reparar dicha afectación. El daño contractual, para Díez-Picazo³⁸, consiste en “toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito”.

Según el criterio de Valés Duque³⁹, el contrato pasa ordinariamente por un desarrollo previo de negociaciones, fuente de especiales deberes de información, diligencia y lealtad, nacidos del contacto negocial. El viejo apotegma según el cual quien negocia no contrata, no evita del todo la posibilidad de generar afectaciones económicas para el país. Variadas son las anécdotas en que una pésima negociación ha incidido en daños considerables.

En la delimitación de lo que consideramos contrato económico nos atenemos a lo regulado por nuestra legislación que lo define como el acto jurídico mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídico-económicas de naturaleza

37 “Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo”. 2º “Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños causados a la otra parte”.

38 Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. segundo, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 683. OJEDA RODRÍGUEZ, N. DE LA C. y T. DELGADO VERGARA, *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, s. ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2000, p.141.

39 VALÉS DUQUE, PABLO, “Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*”, p. 3, CD “IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos”, p. 1.064 del PDF.

obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas para operar en el país.

En materia de negociación de contratos hay que diferenciar cuando se trata de contratos para surtir efectos a largo plazo y de manera más o menos permanente o cuando se trata de un trato temporal o instantáneo. En el primero de los casos, las cláusulas a pactar responden al logro de un clima de confianza, donde la información y la veracidad de la misma resultan imprescindibles a la hora de formalizar la relación jurídica. Cuando hablamos de clima de confianza esto no significa que cada parte no trate de lograr mayores beneficios, pues resultaría irreal tal aspiración.

Cuando las negociaciones transcurren por un cauce generador de afectaciones económicas que tiene como base la recompensa, el precio, la promesa de bienes o cualquier otro beneficio pareciera transitarse por los senderos de un clásico delito de cohecho. En este caso no podría hablarse de un concurso de delitos, sino de un concurso de normas, donde la negociación o contrato aporta un elemento en favor de la especialidad, como principio para la solución de dicho concurso.

Ante la afectación ocasionada, generalmente a partir del pacto de cláusulas abusivas, surge la obligación de reparar, muy desarrollada en el ámbito de lo civil. Como diría Galindo⁴⁰, la obligación de reparar un daño nació en Roma de la injuria (*damnum injuria datum*); por lo tanto, desde sus orígenes, el resarcimiento ha tenido cierta trascendencia a lo penal.

Al existir un interés, sea económico o no, en un proceso de negociación de contratos, distinto al interés general por el cual se han entablado los contactos, que suponga provecho propio o de terceros, estará dicha negociación viciada desde su inicio. Quien representa al Estado lo hace en condición de servidor público, y conforme a ello toda su actuación deberá estar perfilada hacia la consecución de los resultados esperados, hacia las metas u objetivos fijados por la nación. El desvío de estos objetivos es contraproducente a los fines de la negociación y contradictorio a los deberes del funcionario que negocia, a quien debe caracterizarle la transparencia y la imparcialidad, fundamentalmente cuando se ha licitado determinado contrato, o se negocia con un actor económico distinto al Estado.

Para algunos, el concepto de negociar de buena fe es inherentemente repugnante a la posición de partes adversarias-contrarias, envueltas en negociaciones. Cada parte en una negociación tiene derecho a proseguir su propio interés, mientras evite ha-

40 GALINDO, IGNACIO, *Estudios de Derecho Civil*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

cer falsas representaciones. Un deber de negociar de buena fe es tan práctico como inconsistente con la posición de las partes negociadoras⁴¹.

La simulación de un contrato en perjuicio de otra persona, y que genera perjuicios o afectaciones en el patrimonio ajeno ha sido considerado doctrinalmente como negocio jurídico criminalizado. La base radica en que desde la propia celebración existía la intención de incumplirse el contrato. El delito se consume con la simple celebración del contrato, sin necesidad de la producción de afectaciones económicas.

3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL RIESGO PERMITIDO EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS ECONÓMICOS

La llamada imputación objetiva, sobre la cual descansa la teoría del riesgo permitido, parte de la concreción en el tipo penal. Roxin⁴² ha sido uno de los precursores de la teoría de la imputación objetiva. El principal fundamento del riesgo permitido radica en la premisa que afirma que el hecho de causar un determinado riesgo a pesar de que el sujeto tenga conocimiento de que este puede concretarse en un resultado lesivo, no implica la exigencia de un juicio de responsabilidad respecto de dicho resultado, aun en el supuesto de que este se concrete y afecte el bien jurídico protegido por el tipo penal⁴³.

Las negociaciones se pueden definir prácticamente como el proceso que les ofrece a los contendientes la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos formales, tratando de resolver sus diferencias. En todo proceso de contratación, como proceso de negociación al fin, existen riesgos para las partes. El Derecho civil prevé la existencia del dolo civil y regula quién responderá civilmente por las afectaciones patrimoniales generadas por los riesgos previstos. Quien debe determinar la existencia del riesgo es quien investiga, quien acusa. Cuando existe el llamado riesgo permitido, este influye sobre varios de los rasgos del delito tales como la anti-juricidad y la tipicidad. El riesgo permitido puede eliminar la responsabilidad penal

41 Tratado de la buena fe en el Derecho. Tomo I. Buenos Aires, 2004.

42 Su trabajo se fundamenta en un esquema estructural que diferencia tres niveles de imputación: 1) la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o lo que es lo mismo, no permitido, 2) la realización del riesgo imputable en el resultado y 3) el fin de protección del propio tipo penal infringido, también denominado alcance del tipo penal. En RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA, *Criterios de la teoría de la imputación objetiva referidos al estudio del delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Estudios en Derecho y Gobierno*. Bogotá (Colombia), diciembre de 2008, pp. 10 y ss.

43 COBO DEL ROSAL, M. y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, J. "Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro", En *Cuadernos de Política Criminal*, 2004.

del agente. Según Mejías Rodríguez⁴⁴, tres son las situaciones que se dan vinculadas al Derecho penal: el riesgo permitido dentro de los elementos normativos de la conducta delictiva, en los tipos penales abiertos y en las normas penales en blanco.

El llamado *principio de la auto-responsabilidad* establece que cada individuo debe responder por sus actuaciones y no por las de los demás. En el caso de la *Prohibición del Regreso* se trata de la “dirigibilidad del suceso”, la posibilidad de imputación termina cuando se pierde el control del hecho.

La conducta reprochada al servidor consiste en el hecho de que este se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones. Pero no se puede perder de vista que, en todos los casos, la actuación del servidor público debe dirigirse a la obtención de un determinado resultado que beneficie al propio agente o a un tercero, es decir, ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas por parte del servidor, las cuales se traducen en el abandono de sus deberes y ponen en entredicho su imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidenciando la configuración de la conducta reprochada penalmente.

La determinación del riesgo permitido ha de hacerse para cada caso concreto, sin que sea posible generalizar, ni siquiera entre supuestos similares. Para ello habrán de valorarse en primer lugar las normas administrativas de control de la actividad, si es que existen, así como las normas técnicas, escritas o consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia que rigen la actividad, etc. Por ello este criterio tiene especial importancia en el ámbito de los delitos imprudentes y desarrolla en este, criterios especiales que han de ser incluidos en el tipo objetivo del injusto imprudente (previsibilidad objetiva y diligencia debida).

En el ámbito del tipo imprudente podría también tener sentido el principio de confianza. El principio de confianza excluye la imputación en la imprudencia cuando quien actuó conforme a Derecho lo hizo confiando en que los demás también lo harían y, como consecuencia de su conducta confiada, se produjo un resultado típico. Se trata de supuestos de conflictos de intereses en los que el resultado es fruto de una conducta errónea, ilícita o imprudente de un tercero.

Así no sería imputable el resultado total producido a quien actuó confiando en la actuación correcta de los demás. Pero este mismo principio se puede entender y aplicar en sentido contrario, y así lo ha hecho la jurisprudencia española para fundamentar la responsabilidad de los cargos directivos y mandos intermedios que incumplieron

44 MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO, *Generalidades sobre Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la función pública*. Capacitación para auditores y fiscales en negocios conjuntos. Fiscalía General de la República. Volumen II en soporte DVD. La Habana, abril de 2012.

sus deberes de vigilancia “confiando” en que los trabajadores cumplirían las medidas de cuidado. En el ámbito de los delitos contra el medioambiente, la atribución al autor de los efectos parciales no constitutivos de delito derivados de su acción individual implicará la impunidad en muchos casos en los que de hecho existe una transgresión de los límites del riesgo permitido. De forma que quien a sabiendas de que su actividad es peligrosa y conociendo o debiendo y pudiendo conocer que en determinadas circunstancias otros sujetos pueden actuar –legal o ilegalmente– de forma que los efectos de la acción propia unida a los efectos de las acciones externas pudieran –al interactuar conjuntamente– producir resultados típicos, el sujeto que realiza la actividad peligrosa debe abstenerse de actuar.

Una simple visión de ellos nos lleva a entender que existen *riesgos permitidos* y *riesgos no permitidos*, pero también es fácil entender que la delimitación entre ambos no es algo objetivo. Para Polaino-Orts, el nivel de permisividad lo delimita la propia sociedad, en función de sus expectativas sociales. Existe en la sociedad un riesgo permitido (ámbito de libertad de gestión de un foco de peligro), cuya determinación es dependiente de las expectativas sociales, en función de las cuales se establece el límite de permisibilidad social sobre un riesgo determinado.

Para Paredes Castañón⁴⁵, la figura del riesgo permitido se aplica en los “casos de conductas peligrosas o lesivas para el bien jurídico penalmente protegido que, sin embargo, no resultan prohibidas, pese a existir previsibilidad y controlabilidad del riesgo, en virtud de consideraciones de ponderación de los intereses concurrentes, consideraciones que limitan el alcance del deber de conducta que le corresponde al sujeto actuante en la situación concreta”.

Como sostiene el profesor Reyes Alvarado, para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad, sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo”⁴⁶.

La importancia del riesgo permitido en los procesos de negociación de contratos radica en que no solo la previsibilidad será el criterio para determinar la licitud de la conducta, del agente que actuando en un proceso contractual genera afectaciones económicas al ente a quien representa, traslada la valoración al ámbito de las cau-

45 PAREDES CASTAÑÓN, J., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, p. 82.

46 REYES ALVARADO, YESID, *Imputación Objetiva*, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2ª Ed., Editorial Temis S.A., 1996, p. 93.

sas de justificación⁴⁷. La ponderación del riesgo frente al posible beneficio social desde un punto de vista cualitativo favorece que se excluyan del análisis penal los resultados imprevisibles. El Derecho penal no puede exigir por aquello que razonablemente es imposible evitar.

En la época actual la teoría de los riesgos plantea las obligaciones de las partes contractuales ante un contrato bilateral, y que al menos una de las obligaciones de las partes consista en dar (enajenar en sentido amplio) una cosa determinada (especie o cuerpo cierto), por lo que si los contratos no tienen “eficacia real”, debemos responder sobre la suerte de las obligaciones cuando el objeto del contrato se pierde por un caso fortuito.

En un proceso de negociación en el que se involucran varios, la imputación objetiva permite distinguir el actuar de cada interviniente, e impide hacer responsable al agente por delitos ajenos, siendo necesario destruir la presunción de inocencia, llegando a establecer el vínculo de causalidad entre la acción realizada y el resultado final. Como característica de este principio de personalidad de las penas, junto a otros como el de responsabilidad por el hecho (niega la culpabilidad por el carácter y el llamado Derecho penal de autor) es que se asocia al principio de culpabilidad entendido como responsabilidad subjetiva, reprochabilidad o atribuibilidad. Con la imputación objetiva solo puede reprochársele al negociador de un contrato por aquellos resultados lesivos, cuando estos se produjeron a partir de un actuar negligente.

No es la negligencia propia de los delitos imprudentes, es la negligencia en el actuar, dentro de un marco de opciones a las que el negociador podía acceder, pues representaban opciones posibles y potencialmente beneficiosas. La negligencia en la imputación objetiva implica asumir una posición dentro del proceso de negociación de contratos no permitida, de acuerdo con los límites tolerables de riesgos. El agente asume riesgos, pero no son los inherentes a cualquier operación comercial, los tolerables, los permisibles. El agente asume riesgos no permitidos por el Derecho penal, pues aunque sea mínimo, debe realizarse el juicio de atribuibilidad como antesala del juicio de imputación.

La valoración en materia del riesgo asumido desde la subjetividad que ha de realizarse es hasta qué punto el autor se representó como posible cierto resultado. Los pensamientos son impunes (*cogitationis poena nemo patitur*), pero el prever y por ende evitar un resultado dañoso, viene impuesto al agente que representa los intereses de otro (que puede ser una persona natural o jurídica incluyendo al Estado) como una obligación de su estatus de negociador. El negociador asume deberes de

47 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, “Significación y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Publicado en octubre del 2003. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>. (Consultado el 14 de junio de 2014).

garante. Mir Puig⁴⁸ señala que debe realizarse una distinción entre imputación de la conducta e imputación del resultado.

En los procesos de negociación de contratos, las cuestiones a tener en cuenta⁴⁹ para la satisfactoria conclusión de los mismos pueden estar viciadas por la voluntad de una de las partes, y por tanto, posibles generadoras de la relación jurídico-penal. Habría que valorar cuál es el riesgo asumido según la variable que ha sido afectada en el proceso de negociación. Como podrá observarse, resulta bastante compleja la delimitación del dolo penal y civil, cuando estamos en presencia de un asunto cuya solución resulta más aconsejable dirimirla por los cauces propios del Derecho económico de índole alternativa, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje por solo señalar algunos, y en caso de no encontrarse soluciones satisfactorias, resulta preferible buscar una decisión judicial en las salas de lo económico que ante salas penales. Los desajustes económicos que se generan en procesos de negociación de contratos, aun cuando se producen afectaciones, tienen mayores probabilidades de encontrar soluciones en escenarios distintos al penal. Los bienes jurídicos afectados mediante la sanción penal, el insuficiente conocimiento en materia económica de los actores en litis penales, el tema de la responsabilidad civil derivada del delito entre otros aspectos, inclinan la balanza en favor de un Derecho penal mínimo.

CONCLUSIONES

En la actualidad se establecen complejas interrelaciones entre la economía y el Derecho. No nos referimos al llamado Análisis Económico del Derecho, sino a los procesos de índole económica que trascienden al ámbito penal. Dentro de estos procesos el contrato constituye una herramienta fundamental, y aparece reconocida su importancia desde los Lineamientos de la Política Económica y social del Sexto Congreso del Partido Comunista de Cuba.

La contratación constituye un proceso, no una etapa o momento. Desde el punto de vista teórico, se funda su existencia en la libertad y la igualdad, generando estos axiomas principios tales como la buena fe, la transparencia, la equidad, la prohibición de cláusulas abusivas, la confianza, etc. Dentro del proceso de contratación existen varias etapas, siendo la negociación el primer escalón de todo el sistema.

En la práctica se observa una generalización de un sistema de negociaciones estandarizado que denota la inexistencia de la libertad y la igualdad plena en la contratación,

48 MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed. 1979, pp. 60 y ss.

49 Calidad, cantidad, precio, garantía, entrega, transporte, responsabilidad ante el deterioro, formas de solución del conflicto, idioma oficial del contrato, etc.

existiendo la posición preponderante de las grandes empresas que basan su actuación en el individualismo más que en los principios de libertad e igualdad.

En estos procesos de negociación de contratos pueden surgir relaciones jurídico-penales, al afectarse bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal. Resulta necesario establecer límites, barreras para la contención y desbordamiento de un Derecho penal máximo. La determinación de la existencia de dolo penal o dolo civil, si los riesgos asumidos son tolerables o permitidos por las normas penales o si por el contrario deben ser penalizados como conductas típicas y la existencia o no de vías, mecanismos o formas de solución al conflicto distintas a lo penal, son algunas de las cuestiones que deben responderse antes de iniciar un proceso penal en el denominado Derecho penal económico.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. La responsabilidad precontractual, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1971

BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil*. Abeledo-Perrot, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, J., Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro. En: *Cuadernos de Política Criminal*, 2004.

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

COLOSI, THOMAS y ELIOT BERKELY, ARTHUR. En su obra “*Negociación colectiva: El arte de conciliar intereses* (1981)

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.

DIEZ -PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4ª Edición, Cívitas, 1993, págs, 267-269, Citado por: Colectivo de Autores, *Derecho de Contratos*, Tomo 1, Teoría General del Contrato, La Habana, 2001.

FABELO, JOSÉ RAMÓN. *Práctica, conocimiento y valoración*. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales, 1989.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Navarra, Thomson Reuters (Cívitas), 2010, pp. 36-39. YERA, LUIS MARCELO. *Una acertada separación: funciones estatales y empresariales*. En Cuba: Investigación Económica, año 5, n.º 4, octubre-diciembre 1999.

FUENTES OSORIO, JUAN L. Formas de anticipación de la tutela penal en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006, núm. 08 disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>. Consultado el 22 de noviembre del 2013.

GALINDO, IGNACIO. *Estudios de Derecho Civil*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. España, Ed. Tirant lo Blanc, 1989.

MEDINA CUENCA, ARNEL. *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*. La Habana, 2002.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO. *Generalidades sobre Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la función pública*. Capacitación para auditores y fiscales en negocios conjuntos. Fiscalía General de la República. Volumen II en soporte DVD. La Habana, abril 2012.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO. *Estrategias, necesidades y urgencias del derecho penal económico en Cuba*. 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.

MENDEZ, JOSEFINA. *El modelo de creación de leyes en Cuba*. Tesis presentada en opción al grado científico de Dra. en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2009.

MIR PUIG, SANTIAGO. Significación y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Publicado en octubre del 2003. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>. Consultado el 14 de junio del 2014.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed. 1979.

OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. (compiladora), *Teoría General del Contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

PAREDES CASTAÑÓN, J. *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Madrid, 1995.

RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA. *Criterios de la teoría de la imputación objetiva referidos al estudio del delito contra la seguridad y salud en el trabajo. Estudios en Derecho y Gobierno*. Bogotá, Colombia. Diciembre de 2008.

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

ROXIN, CLAUS. *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo 1*. Traducción de la Segunda Edición alemana. Editorial Civitas S.A. Madrid, España, 1997.

VALÉS DUQUE, PABLO. *“Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo”*, p. 3, CD “IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos”, p. 1064 del PDF.