PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
(Directora)

DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI

Libro homenaje a
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Angelita Baeyens
Julio Ballesteros Sánchez
Paola Casabianca Zuleta
Carlos Guillermo Castro Cuenca
Miguel Córdoba Angulo
Ana Paola Hall García
Daniel Mario Laborde Tabares
Omar Albeiro Mejía Patiño
Álvaro Orlando Pérez Pinzón
Álvaro Rolando Pérez Castro
Paula Andrea Ramírez Barbosa
Julio César Rodas Monsalve
Víctor Gabriel Rodríguez de Oliveira
Samuel Serrano Galvis
Juan Oberto Sotomayor Acosta
Ana María Uribe





Bogotá - Colombia
2018

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prólogo VII
Presentación IX

DERECHO PENAL COMPARADO

LA LEY CONTRA LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO. LA FCPA DE ESTADOS UNIDOS: "COMPLIANCE", EXTRATERRITORIALIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. REFLEXIONES ACERCA DEL CASO ODEBRECHT

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA

1. Introducción 3
2. La regulación normativa norteamericana de la FCPA 5
   A) Sus características esenciales 5
   B) Prohibición 6
3. Consideraciones normativas relevantes de la FCPA 10
4. Las penas y sanciones previstas en la FCPA: su ámbito de aplicación 14
5. Los preacuerdos y la FCPA: una forma de justicia negocial para resolver el caso 15
6. La extraterritorialidad antisoborno transnacional en acción: reflexiones sobre el marco jurídico y político criminal norteamericano en el caso Odebrecht 17
   A) El "modus operandi" criminal de Odebrecht y sus tentáculos en el mundo 18
   B) El delito de soborno transnacional cometido en el interior de Odebrecht y los pagos corruptos por países 20
   C) El caso Odebrecht y la extraterritorialidad de la ley penal norteamericana 23
   D) La responsabilidad penal individual en la aplicación de la ley FCPA de Estados Unidos en el caso Odebrecht 29
   E) El programa de cumplimiento corporativo de Odebrecht 31

PÁG.

7. Recapitulación 37
Bibliografía 40

DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA: LÍMITES ÉTICOS Y CAMBIOS INEVITABLES

Víctor Gabriel Rodríguez

1. Introducción: obra e influencia del profesor Berdugo 45
2. Las leyes latinoamericanas de delación y agente encubierto..... 47
3. El agente frente al delito: el caso del usuario de drogas..... 49
4. Si puede mentir el Estado 50
5. El infiltrado fomenta el delito 52
6. El "undercover agent" como partícipe del delito..... 54
7. El agente fungible 56
8. Los contrapuntos: necesidad y oportunidad 58
9. La casa de prostitución y el local de venta de las drogas 58
10. Resolviendo el dilema: mantener la excepcionalidad..... 61
11. Agente encubierto y delación premiada como leyes de guerra 66
12. Conclusiones..... 67
Bibliografía 68

POLÍTICAS DE PERSECUCIÓN PENAL Y MECANISMOS PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO HONDUREÑO

Ana Paola Hall García

I. Políticas de persecución penal en el marco normativo hondureño

1. Anotaciones previas..... 71
2. Regulación actual y desafíos del nuevo Código Penal en la regulación de delitos contra administración pública 72
A) Sobre la definición de funcionario o empleado público 74
B) Delitos contra la administración pública en el Código Penal y nuevo Código Penal 75
a) Malversación de caudales públicos (algunas modalidades) 75
b) Fraudes..... 78
c) Enriquecimiento ilícito 78
d) Abuso de autoridad y violación de los deberes 82

PÁG.

C) Disposiciones comunes 83
D) La penalidad de delitos contra la administración pública 84

II. Mecanismos para el combate a la corrupción en Honduras

1. Mecanismos nacionales 85
A) El rol del Tribunal Superior de Cuentas en la lucha contra la corrupción 85
B) El papel del ministerio público en el combate a la corrupción 87
C) La jurisdicción anti corrupción 89
2. Mecanismo internacional. La misión de apoyo y combate a la corrupción y la impunidad en Honduras (MACCIH) 90
3. Conclusiones 92
Bibliografía 93

HACIA UN ESTÁNDAR INTERAMERICANO DE DEBIDA DILIGENCIA EN LA INVESTIGACIÓN PENAL DE CRÍMENES CONTRA PERIODISTAS

Angelita Baeyens

1. Introducción 97
2. Violencia contra periodistas en América Latina y Colombia 98
3. Estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana sobre debida diligencia en materia penal y su aplicación actual a casos de crímenes contra periodistas 101
4. Hacia el reconocimiento de un deber reforzado de debida diligencia en la investigación penal de crímenes contra periodistas 106
5. El estándar de debida diligencia reforzado a la luz del Caso Nelson Carvajal Carvajal y otros versus Colombia 108

DERECHO PENAL GENERAL Y REFLEXIONES PENALES

BELLEZA, FEALDAD Y DELITO

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

1. El comienzo 115
2. El significado de belleza y de fealdad 125

PÁG.

3. Qué hacen los "feos" para no ser "feos" 127
4. Los bonitos y los feos. O los ricos y los pobres 129
5. Conclusiones 141
Bibliografía 142

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y ALCANCES LEGALES DEL DERECHO A LA REINTEGRACIÓN SOCIAL DEL CONDENADO

Juan Oberto Sotomayor Acosta
Ana María Uribe Restrepo

1. La crisis carcelaria y penitenciaria como un problema de violación de derechos fundamentales 147
2. Reintegración social: ¿fin o límite de la pena? Perspectiva constitucional 151
A) ¿Es la resocialización un fin constitucional de la pena? 151
B) La reintegración social como límite de la pena derivado del bloque de constitucionalidad 154
C) Pronunciamientos de las instancias internacionales de derechos humanos 159
D) La integración constitucional del derecho a la reintegración social del condenado previsto en los artículos 5.6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos 162
3. El derecho fundamental a la reintegración social 163
A) Definiendo el derecho a la reintegración social 164
B) El derecho a la reintegración social como contenido del derecho a la dignidad humana 166
4. Garantías y limitaciones legales del derecho a la reintegración social 171
A) Medidas reintegradoras (o "no desintegradoras") durante el cumplimiento de la pena 172
B) Medidas reintegradoras posteriores a la ejecución de la pena 174
C) Limitaciones al derecho a la reintegración social en la legislación colombiana: limitaciones a la libertad condicional y los antecedentes penales 175
a) Prohibiciones absolutas de conceder la libertad condicional 176
b) Publicidad de los antecedentes penales 180
Bibliografía 184

LA CIVILIZACIÓN DEL DERECHO PENAL
A MANERA DE RESPUESTA (¿SATISFACTORIA?)
A LA SOCIEDAD

Samuel Serrano Galvis

PÁG.

1. De la civilización del derecho penal I 189
2. De la civilización del derecho penal II 192
3. De la civilización del derecho penal III 204

Bibliografía 206

DERECHO PENAL ESPECIAL

INTERFAZ ENTRE CORRUPCIÓN PÚBLICA
TRANSNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS.
RESPUESTA PENAL INTEGRADA

Daniel Mario Laborde

1. Introducción 211
2. Complejidad fáctica de la corrupción pública transnacional: su expansión fenomenológica 214
3. Impacto sobre derechos humanos específicos en los Estados democráticos de derecho 217
   A) Igualdad y no-discriminación 221
   B) Juicio justo y reparación efectiva 222
   C) Salud 223
   D) Medio ambiente 224
4. Propuesta conclusiva: respuesta penal integrada 225

Bibliografía 227

EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.
ESTRUCTURA TÍPICA Y PROBLEMAS PROBATORIOS
DEL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 332 DEL CÓDIGO
PENAL COLOMBIANO

Julio César Rodas Monsalve

1. Introducción: megacriminalidad ambiental y función simbólica del derecho penal 235

PÁG.

2. Artículo 332 del Código Penal, inciso primero. Estructura típica y elementos del tipo objetivo 241
A) La conducta típica y verbos rectores 243
B) El resultado típico 246
a) El delito de contaminación ambiental como delito de peligro ... 246
b) El problema de la causalidad y la imputación objetiva 251
C) Problemas probatorios 256
3. Conclusiones 259
Bibliografía 260

DERECHO PENAL Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SIGLO XXI

Carlos Guillermo Castro Cuenca

1. Introducción 263
2. Delimitación del fenómeno de la corrupción 264
A) Concepto y elementos de la corrupción 264
B) La lamentable normalidad de la corrupción en muchas estructuras sociales 268
3. Principales perspectivas criminológicas frente a la corrupción 270
A) Teoría de la elección racional (rational choice theory) 270
B) Teoría de las actividades rutinarias (routine activity approach) 272
a) Psicología de la motivación 273
b) Motivación de los delincuentes 274
c) Víctimas 274
C) Delitos de cuello blanco (white collar criminality) 275
D) Asociación diferencial 278
4. La crisis del modelo penal tradicional para prevenir la corrupción 278
A) Problemáticas de las funciones tradicionales del derecho penal frente a la corrupción 278
B) Prevención general positiva e instrumentalización selectiva del derecho penal 281
5. La necesidad de una perspectiva integral frente a la corrupción 284
A) Perspectiva integral frente a la corrupción 284
B) Consecuencias de una perspectiva estructural de la corrupción 285
a) Visión integral de la corrupción 285
b) Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sistemas de "compliance" 287
c) Modelo progresivo realista de la corrupción 290
Bibliografía 292

CRIMINALIDAD EMPRESARIAL Y DERECHO PENAL: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO

Julio Ballesteros Sánchez

PÁG.

1. Introducción 299
2. El fenómeno de la delincuencia empresarial en el marco de la globalización 303
3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus penas en el Código Penal español 311
   a) Multa por cuotas o proporcional (C. P., .arts. 50 y 52) 316
   b) Disolución de la persona jurídica 317
   c) Suspensión de la actividad de la persona jurídica por un plazo máximo que nunca podrá exceder de cinco años 318
   d) Clausura de locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años 318
   e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito 318
   f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social, por un plazo que no podrá exceder de quince años 318
   g) Intervención judicial de la persona jurídica 319
4. Los llamados programas de cumplimiento efectivo 320
5. Conclusiones 325

Bibliografía 327

DERECHO PROCESAL PENAL Y PRINCIPIOS PENALES

EL DERECHO A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

Miguel Córdoba Angulo

1. Introducción 333

PÁG.

2. Sentencia C-792 DE 2014 333
A) Antecedentes de la demanda 333
B) Principales fundamentos normativos de la demanda 334
a) Constitución Política (art. 29)..... 334
b) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2 H)..... 334
c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) 334
C) Principales argumentos de la demanda 334
a) Consideraciones centrales del fallo de la Corte Constitucional para justificar el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias (proferidas por primera vez) ante el superior jerárquico o funcional 335
b) El derecho a la impugnación como un derecho fundamental.... 335
c) Características del mecanismo procesal a través del cual se ejerce el derecho a la impugnación, señaladas por la Corte Constitucional 337
d) ¿Es el recurso extraordinario de casación un medio idóneo y suficiente, para garantizar el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias (proferidas por primera vez), ante el superior jerárquico o funcional?..... 338
e) Decisión de la Corte Constitucional 340
f) Argumentos en contra de la decisión adoptada por la Corte Constitucional 341
3. Sentencia SU-215 de 2016..... 342
4. Problemas prácticos a raíz de la ejecutoria de la sentencia C-792 de 2014 y la falta de reglamentación del derecho a la impugnación por parte del Congreso de la República 344
5. Acto legislativo 1 de 2018 346
6. Observaciones y críticas al acto legislativo 1 de 2018 347
7. Conclusión 352
Bibliografía 352

EL INTERÉS PÚBLICO Y LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Paola Casabianca Zuleta

1. Introducción..... 355
2. Aproximación al contenido de los artículos 20 y 18 de la Constitución española 357
A) Aproximación al contenido del artículo 20 de la Constitución española 360
B) Aproximación al contenido del artículo 18 de la Constitución española 364

PÁG.

3. Ponderación de la prevalencia de estos derechos con fundamento en el interés público 368
A) Los dos primeros casos von Hannover contra Alemania en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 368
B) Caso Paquirri 370
C) Casos que involucran a menores de edad 371
D) Casos en donde el interés público pierde prevalencia ante insultos innecesarios 373
4. Toma de postura 374
Bibliografía 376

PROTECCIÓN PENAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN COLOMBIA

Omar A. Mejía Patiño

1. Sobre las nuevas formas de vulneración del derecho a la intimidad ... 379
2. Sobre la tipificación de la violación de datos personales 387
3. Conclusiones 390
Bibliografía 394

EL JUEZ COMO GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES MEDIANTE EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL Y LOS JUICIOS DE HECHO

Álvaro Rolando Pérez Castro

1. La prueba y el aporte de Ludwig Wittgenstein 397
2. El debate "el estándar de prueba" sostenido por Larry Laudan, Michele Taruffo, Juan Igartua Salaverría y Marina Gascón Abellán 399
A) Posición de Larry Laudan 399
B) Posición de Michele Taruffo 400
C) Posición de Juan Igartua Salaverría 400
D) Posición de Marina Gascón Abellán 401
3. A manera de conclusión en nuestro sistema procesal colombiano. El juez como garante de derechos fundamentales a través del estándar de prueba en el proceso penal en Colombia 402
Bibliografía 405

Sociología Criminal, se pueden tener por cumplidos esos objetivos por sobre la aceptación social de la corrupción blanca y gris —abarcando su plasticidad—[5] y los ciudadanos ven en cada sentencia la confirmación del buen Derecho. O si el Derecho Penal de cada país está, aún con las cooperaciones allende fronteras, en verdadera capacidad de precaver la violación de subscriptas garantías fundamentales frente al poder de corporaciones internacionales. O, paralelamente y con las estadísticas a la vista, describir cuáles son las reflexiones de la Bioética que se han evaluado para el control penal del equilibrio del ecosistema. Tales planteos —y otros, seguramente— permitirían el conocimiento de los problemas, y originarían respuestas inspiradas en la vocación, más allá de lo simbólico. A todo evento, es muy posible que el Derecho Penal no lleve culpa en estos lances. La corrupción es ejecutada y permitida por hombres y mujeres, no por las leyes.

2. Complejidad fáctica de la corrupción pública transnacional: su expansión fenomenológica

Una nueva delincuencia, cosmopolita, competente y con ropaje empresario, se ha puesto en escena. Diseminado en todo el planeta, este "fenómeno poliédrico"[6] "[...] *heterogéneo, sistemático y complejo*"[7], mantiene a lo largo de todo el camino del delito una textura de autorías y participaciones que, como criminalidad organizada —lo que no es novedoso[8]— usufructúan cualquier intersticio o asimetría que pudiere resultar

[5] Malem Seña, *Pobreza*..., *op. cit*., págs. 45-46 (su cita de Arnold Heidenheimer). Sobre normalidad y desviación en los comportamientos sociales, Terencio Fava, *Do ut Des: Gènesi, evoluzione e crisi del sistema della corruzione*, Roma, Carocci, 1999, págs. 30-36. En lo atinente a la —escasa— recepción jurisprudencial española de la teoría de la adecuación social de la conducta en el ámbito de la corrupción pública, Mª del Carmen Gómez Rivero, "Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido", en *Estudios Penales y Criminológicos*, xxxvii, 2017, *http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3928/4323 266-77* (fecha de consulta 9/8/18).

[6] Joaquín González, *Corrupción y justicia democrática*, Madrid, Clamores, 2000, pág. 36.

[7] Eduardo Demetrio Crespo, "Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública", en [*et al*.], *Fraude y corrupción*..., *op. cit*., pág. 174. Cursiva del autor.

[8] Nicolás Queloz, "Corruption et droits de l'homme: regard criminologique", en *La corruption. L'envers des droits de l'homme,* 2ª édition, M. Borghi y Patrice Meyer-Bisch (Eds.), Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1998, pág. 175.

de algunas carácterísticas sociopsicológicas postmodernas (entre las que figuran: "Aldea global"[9] o "Telépolis"[10]; cierto declinar del Estado Nación en un supuesto "nuevo orden planetario"[11] que otorga protagonismo a la fusión en áreas regionales[12]; "Ciberespacio" y Cibereconomía"[13]). La "globalización", en su inmenso aumento de intercambios mediante usos de técnicas de última generación, pone en continua fugacidad la relación espacio-tiempo[14]. Los resguardos fundamentales de los pueblos en convivencia quedan expuestos ante ese firmamento, y "…sólo adquieren sentido en ese marco universal; porque son valores cuya existencia sirve de fundamento a esa comunidad global. De este modo, la corrupción internacional afecta a bienes que adquieren su verdadero significado en el marco descripto y que trascienden con creces lo puramente doméstico: función pública global, competencia global, mercado global [...]"[15]. Razonamiento en el que corresponde incluir la habitualidad con que sus causantes se perpetúan en el núcleo duro de los mandos, o concurren a sus círculos[16]. Y las actividades de los agentes públicos internacionales pertenecientes a organizaciones entre estados, que en rigor no pertenecen a ninguno, pero que poseen competencias en cuyo uso pueden comprometerlos[17]. En consonancia, las mayores facilidades que brindan algunos de

[9] Herbert Marshall McLuhan, Herbert y Bruce R. Powers, *La aldea global: Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales del siglo XXI*, 2ª ed., trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1993.

[10] Javier Echeverría, *Telépolis*, Barcelona, Destino, 1994; *Los señores del aire: Telépolis y el tercer entorno*, Barcelona, Destino, 1999.

[11] Ariel Français, *El crepúsculo del Estado-Nación: Una interpretación histórica en el contexto de la globalización*, París, Most. Unesco, 2000) *www.unesdoc.unesco.org Consulta 9/8/18* especialmente, págs. 19-26.

[12] Benito Sánchez, *El delito...*, *op. cit*., págs. 32-34.

[13] Clemente Auger, "La justicia ante el fenómeno de la corrupción", en *La corrupción política...*, *op. cit*., págs. 236-237.

[14] Olga Martín Ortega, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Barcelona, Bosch Editor, 2008, págs. 28-29.

[15] Fabián Caparrós, *La corrupción de agente...*, *op. cit*., pág. 47.

[16] Descritas gráficamente por Alejandro Nieto, *Corrupción en la España democrática*, Madrid, Ariel, 1997, caps. II y IX.

[17] Benito Sánchez, *op. cit*; Fabián Caparrós, *La corrupción de agente...*, y sus referencias bibliográficas de Manacorda, Manfroni, Yannaca-Small y Cartier-Bresson, págs. 40, 46.

los "sistemas normativos relevantes"[18] fructificados en la deslocalización de los acervos productores (la relación entre sociedades *offshore* [término de uso empresarial], los *forum shopping* [o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso][19] y el *electio fori* [20]). Queda así servido el espectro de impunidad, que tributa a la ineficacia del control como expresión de la "[...] la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder"[21].

Desde la Sociología se ha recibido un aporte sobre un tema que cada día gana más trascendencia: la "sociedad del riesgo", resultante de varios aspectos del incremento técnico económico, en los que la gestión política ocupa un lugar preponderante[22]. Desde luego, las inseguridades previsibles son disfrutadas por la corrupción, que en su tenor de contracultura infiltrante entre gobernantes y particulares sin suficiente proclividad cívica —en más o en menos— cede políticas locales en favor de directivas extraterritoriales. Los consecuentes peligros biológicos y medioambientales antropogénicos son sólo algunas de las consecuencias de esos sistemas, acentuados en el desvalor de prácticas corruptas concatenadas por su "[...] transnacionalidad, dinamicidad de su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos"[23].

[18] El concepto pertenece a Ernesto Garzón Valdés, "Acerca del concepto de corrupción", en [*et al*.] *La corrupción política*..., *op. cit*., pág. 42.

[19] Expresión incorporada en el sentido del texto a las definiciones de la Comisión Europea, *Red Judicial Europea: Glosario, http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm Fecha de consulta 9/8/18.*

[20] Manacorda, *La corruzione*..., *op. cit*., págs. 20-21.

[21] Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2006 , pág. 15.

[22] Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Mª Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998, pág. 26.

[23] María José Giménez Díaz, "Sociedad del riesgo e intervención penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, núm. 16-08, págs. 08:1-08:25, *http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf pág. 08:2,* fecha de consulta 2/8/18. Modo de referencia indicado: ISSN 1695-0194 [RECPC 16-07 (2014), 9 oct]; Transparency International, *Informe global de la corrupción: cambio climático*, Gareth Sweeney *et al*. (Eds.), trad. de Gabriela Haymes, corrección de Natalia Torres y Marta Erquicia, Londres, Washington D. C., Earthscan, 2011, *http://issuu.com/transparencyinternational/docs/global_corruption_report_climate_change_spanish2?mode=window&backgroundColor=%23222222*. Como síntesis, puede verse IPCC, *Cambio climático 2014: Iimpactos, adaptación y vulnerabilidad - Resumen para responsables de políticas*, Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, ed. de Field, C.B. *et al.*, Ginebra, 2014, *https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/ar5_wgII_spm_es.pdf Principalmente, págs. 3/29, fecha de consulta 8/8/18.*