

CORRUPCIÓN, COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN ESPAÑA Y COLOMBIA

Jaime Lombana Villalba



Colección Textos de Jurisprudencia



UR

**Corrupción, cohecho y tráfico de influencias
en España y Colombia**

Lombana Villalba, Jaime A.

Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia / Jaime A. Lombana Villalba. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.

xxxii, 532 páginas. – (Colección Textos de Jurisprudencia).

Nota de bibliografía: Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-738-482-6 (rústica)

ISBN: 978-958-738-483-3 (digital)

Administración pública / Delitos contra la administración pública / Cohecho / Concusión / Delitos de los funcionarios públicos / Derecho penal – Colombia / Derecho penal – España / I. Título / II. Serie.

364.132

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia

Jaime Lombana Villalba



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2014 Editorial Universidad del Rosario
© 2014 Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2014 Jaime A. Lombana Villalba
© 2014 Eduardo Montealegre Lynett, por el Prólogo

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá D.C., julio de 2014

ISBN: 978-958-738-482-6 (rústica)
ISBN: 978-958-738-483-3 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Manuel Gómez y Claudia Ríos
Diseño de cubierta: Álvaro Bernal
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

N.E. Por solicitud del autor se conserva el estilo ortográfico que fue aprobado en el momento de escribir la tesis.

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

*A mi hijo, Juan Lombana,
lo más impactante de mi vida.
Ya mis padres, Martha y Jaime
por todo todo.*

Contenido

Agradecimientos	xvii
Siglas y acrónimos.....	xix
Prólogo	xxiii
<i>Eduardo Montealegre Lynett</i>	
Introducción	xxix
Capítulo I. La corrupción pública.....	1
1. Análisis de la corrupción pública.....	1
1.1. El concepto de la corrupción.....	1
1.2. El proceso de formación de la corrupción.....	5
1.2.1. El origen social de la corrupción.....	5
1.2.2. La consolidación de la corrupción: Vinculación del mercado y la política	13
1.2.3. La multiplicación de la corrupción: Catalizadores de la corrupción en la administración pública.....	17
1.3. Las consecuencias de la corrupción pública.....	22
1.3.1. La destrucción del fundamento de la democracia.....	22
1.3.2. La destrucción del principio de legalidad como fundamento del Estado de Derecho	26
1.3.3. La destrucción de la eficacia del Estado social.....	28
a. La reducción de la eficiencia de la administración .	29
b. Reducción de la calidad	31
c. Aumento del costo de las inversiones.....	32
d. Imposición de barreras al comercio internacional ..	34
1.3.4. El efecto de multiplicación cíclica de la corrupción en la ciudadanía.....	34

2.	Las principales formas de corrupción pública	35
2.1.	La corrupción administrativa	36
2.1.1.	En España.....	36
2.1.2.	En Latinoamérica	40
2.2.	La corrupción política	49
2.2.1.	En España.....	49
2.2.2.	En Latinoamérica	52
3.	Los mecanismos contra la corrupción	54
3.1.	Medidas preventivas no coactivas.....	54
3.1.1.	La intervención de los medios de comunicación	55
3.1.2.	El levantamiento de la reserva	59
3.1.3.	La participación ciudadana.....	60
3.1.4.	Profesionalización y ética de los funcionarios públicos	61
3.1.5.	Control y transparencia dentro de las administraciones públicas	68
3.1.6.	Reducción de la corrupción política	72
3.2.	Medidas preventivas coactivas.....	73
3.2.1.	Medidas de naturaleza civil	74
3.2.2.	Derecho disciplinario	75
3.2.3.	Derecho fiscal.....	79
3.2.4.	Derecho penal	83
a.	Presupuestos mínimos para la lucha contra la corrupción.....	83
b.	Mecanismos penales específicos para la lucha contra la corrupción	85
3.2.5.	Derecho procesal y control ciudadano	91
4.	La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho para la prevención de la corrupción.....	96
4.1.	El tráfico de influencias como forma de corrupción	96
4.2.	El cohecho como forma de corrupción.....	98

Capítulo II. Corrupción y bien jurídico tutelado

	en el tráfico de influencias y en el cohecho	107
1.	La corrupción y los delitos contra la administración pública.....	107
2.	La evolución de la tutela penal de la administración pública en España	113
2.1.	De la tutela del deber a la tutela de la función	113

2.2.	De la tipificación del incumplimiento de los deberes del cargo a la tipificación de la desviación de intereses.....	118
a.	Evolución legal de la denominación del bien jurídico tutelado en los delitos cometidos por los funcionarios públicos.....	119
b.	Evolución legal de la denominación de las modalidades de delitos cometidos por los funcionarios públicos	120
c.	Evolución del contenido de los delitos cometidos por los funcionarios públicos	123
2.3.	De la tipificación de la imprudencia a la tipificación del dolo....	129
3.	Concreción del bien jurídico tutelado	133
3.1.	Principios constitucionales de la administración pública.....	133
a.	Los principios consagrados en el artículo 103 de la CE....	134
b.	Los principios consagrados en el artículo 9 de la CE.....	142
c.	Los principios consagrados en el artículo 29 de la CE.....	146
d.	Los deberes de conducta consagrados en el artículo 31 de la CE.....	146
3.2.	Los deberes de conducta consagrados en la Ley de funcionarios civiles del Estado.....	148
3.3.	Los deberes de conducta consagrados en la Ley de incompatibilidades.....	150
a.	Régimen constitucional de incompatibilidades.....	151
b.	Régimen legal de incompatibilidades	153
3.4.	Los deberes de conducta específicos de los funcionarios públicos	160
4.	Bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias	160
4.1.	Bien jurídico tutelado en el ejercicio de influencias (arts. 428 y 429 del CP).....	160
a.	Imparcialidad y objetividad.....	161
b.	La imparcialidad.....	166
c.	La integridad y buen nombre de las administraciones públicas.....	167
d.	Deberes de la función pública	168
e.	El interés general	169
f.	Otras posturas.....	171
g.	Toma de postura	173
4.2.	Bien jurídico tutelado en el ofrecimiento de influencias (art. 430 del CP).....	175

a.	Inexistencia de bien jurídico específico para este delito.....	175
b.	El prestigio de las administraciones públicas	176
c.	La administración pública o la función pública.....	176
d.	Toma de postura	177
5.	El bien jurídico tutelado en el delito de cohecho.....	178
5.1.	Posiciones que defienden la existencia de un único bien jurídico tutelado en todas las modalidades de cohecho.....	178
a.	Antecedentes	178
b.	Los deberes de los funcionarios públicos de la función pública	180
c.	El correcto funcionamiento de la administración pública o de la función administrativa.....	183
d.	Los principios de imparcialidad y objetividad.....	189
e.	Otras posiciones	194
5.2.	Posiciones que defienden la existencia de diversos bienes jurídicos tutelados en cada una de las modalidades de cohecho	195
a.	Distinción tradicional.....	196
b.	Distinción moderna.....	197
5.3.	Toma de postura.....	200
a.	Frente a la infracción del deber	200
b.	Frente a la determinación del bien jurídico en los delitos de cohecho	201
Capítulo III. La tipificación del tráfico de influencias en el CP español		205
1.	Evolución de su tipificación	205
1.1.	Antecedentes.....	205
1.2.	El informe sobre tráfico de influencias de las cortes generales...	208
1.3.	La Ley Orgánica de 22 de marzo de 1991.....	210
1.4.	El CP de 1995.....	215
1.5.	La Ley Orgánica 15/2003	220
1.6.	La Ley Orgánica 5/2010	220
2.	El ejercicio de influencias.....	224
2.1.	Valoración previa.....	224
2.2.	Sujeto activo	229
2.2.1.	Funcionario público o autoridad.....	231
2.2.1.1.	Concepto administrativo	231
2.2.1.2.	Concepto penal	232

2.2.2.	Particular.....	235
2.2.3.	Situaciones especiales.....	235
2.3.	Conducta.....	237
2.3.1.	La influencia.....	237
2.3.1.1.	Concepto.....	237
2.3.1.2.	Características.....	243
2.3.2.	El prevalimiento.....	248
2.3.2.1.	Concepto.....	248
2.3.2.2.	Formas de prevalimiento.....	251
2.3.2.3.	Eficacia del prevalimiento.....	255
2.4.	La resolución.....	255
2.4.1.	Concepto.....	256
2.4.2.	Carácter de la resolución.....	257
2.4.3.	Influencias para omitir.....	259
2.5.	Omisión.....	260
2.6.	Tipo subjetivo.....	262
2.6.1.	Dolo.....	262
2.6.2.	El propósito de obtener un beneficio económico.....	263
2.7.	Tipo cualificado: obtención del beneficio.....	265
3.	El ofrecimiento de influencias.....	267
3.1.	Valoración previa.....	268
3.2.	Sujeto activo.....	272
3.3.	Conducta.....	273
3.4.	Las dádivas, presentes u otra remuneración.....	275
a.	Naturaleza.....	276
b.	Cuantía.....	277
3.5.	El ofrecimiento.....	281
3.6.	Tipo subjetivo.....	283
3.6.1.	Dolo.....	283
3.6.2.	El propósito de obtener un beneficio económico.....	283
4.	<i>Iter Criminis</i> y participación en estos delitos (ejercicio u ofrecimiento de influencias).....	284
4.1.	Tentativa y consumación.....	284
4.1.1.	Comienzo de la tentativa.....	284
4.1.2.	Tentativa inacabada o acabada.....	284
4.1.3.	Consumación.....	285
4.2.	La participación en el tráfico de influencias: en especial, la cooperación del funcionario que acepta la influencia.....	286

4.2.1.	Participación de extraños en delito común o especial ...	286
4.2.2.	La posible cooperación del funcionario que acepta la influencia	286
5.	La delimitación del delito de tráfico de influencias	290
5.1.	Problemática	290
5.2.	Formas de delimitación del delito de tráfico de influencias respecto de conductas fronterizas lícitas o no punibles	291
a.	La ponderación de los principios de jerarquía y objetividad	291
b.	Los deberes de conducta de los funcionarios públicos en relación con el delito de tráfico de influencias	294
c.	El aumento del riesgo en el tráfico de influencias	295
Capítulo IV. La tipificación del cohecho en el CP español		299
1.	Evolución del delito de cohecho	299
1.1.	Regulación en el CP de 1822	299
1.2.	Regulación en el CP de 1848	302
1.3.	Regulación en el CP de 1850	303
1.4.	Regulación en el CP de 1870	303
1.5.	Regulación en el CP de 1928	305
1.6.	Regulación en el CP de 1932	309
1.7.	Regulación en el CP de 1944	309
1.8.	Regulación en el CP de 1995	312
1.9.	Regulación en la LO 5/2010	314
2.	El objeto material en el delito de cohecho.....	322
2.1.	Naturaleza	322
2.2.	Carácter patrimonial	323
2.3.	Idoneidad de la dádiva.....	326
3.	Modalidades de cohecho.....	328
3.1.	Cohecho pasivo propio.....	328
3.1.1.	Sujetos.....	329
3.1.2.	Conducta.....	339
a.	No es necesaria la bilateralidad	339
b.	Momento consumativo.....	341
c.	Verbos rectores.....	345
d.	Restricciones a su aplicación.....	349
3.1.3.	El acto en el ejercicio del cargo como elemento normativo del tipo de injusto.....	352

3.2.	Cohecho activo.....	359
3.2.1.	Sujeto activo.....	360
3.2.2.	Conducta.....	362
	a. Criterios generales.....	362
	b. La no bilateralidad del cohecho activo.....	363
	c. Momento consumativo.....	366
	d. Verbos rectores.....	368
	e. Elemento subjetivo.....	372
3.3.	Elemento subjetivo.....	373
3.4.	Modalidades de cohecho pasivo propio antes de la LO 5/2010.	375
3.4.1.	Para la comisión de un delito.....	375
3.4.2.	Para la comisión de un acto injusto.....	376
3.4.3.	Para una omisión injusta.....	382
3.4.4.	Supuesto del artículo 425.....	385
3.5.	El cohecho pasivo propio en la LO 5/2010.....	386
3.6.	Cohecho pasivo impropio.....	389
3.7.	Cohecho impropio clásico y cohecho subsiguiente.....	394
3.8.	La delimitación de la conducta en el delito de cohecho.....	398
3.8.1.	Problema.....	398
3.8.2.	Soluciones al problema.....	399
Capítulo V. El cohecho y el tráfico de influencias en Colombia.....		405
1.	La administración pública como bien jurídico tutelado en Colombia.....	405
1.1	Premisas constitucionales.....	405
1.1.1.	Los principios de la función pública.....	405
1.1.2.	La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.....	410
1.2.	Enunciación expresa de algunos deberes de los funcionarios públicos.....	411
1.3.	Premisas legales.....	414
1.3.1.	Los deberes de los funcionarios públicos.....	414
1.3.2.	Las prohibiciones de conducta de los funcionarios públicos.....	418
1.3.3.	Las inhabilidades de los funcionarios públicos.....	421
2.	El delito de cohecho en Colombia.....	423
2.1.	Antecedentes.....	423
2.1.1.	Tipificación en el Código Penal de 1890.....	423

2.1.2.	Código Penal colombiano de 1936.....	426
2.1.3.	El Código Penal de 1980.....	434
2.2.	La tipificación actual del delito de cohecho en Colombia en el Código Penal de 2000.....	437
2.2.1.	La concusión	445
2.2.2.	El cohecho propio	448
2.2.3.	El cohecho impropio	474
2.2.4.	El cohecho activo	480
3.	El delito de tráfico de influencias en Colombia.....	486
3.1.	Antecedentes.....	487
3.1.1.	Código Penal de 1936	487
3.1.2.	Código Penal de 1980	487
3.2.	La tipificación actual del delito de tráfico de influencias en Colombia en el Código Penal de 2000	488
	Conclusiones.....	505
	Bibliografía	517

Agradecimientos

En primer lugar, mi gratitud por siempre a mis Maestros, los catedráticos Doctor, Doctor honoris causa Diego Manuel Luzón Peña y Doctor Miguel Díaz y García Conlledo, y a toda la Escuela del Profesor Luzón, por haberme acogido en su vida académica como uno de los suyos, así como a la Universidad de León y Alcalá de Henares y a mi Universidad del Rosario, al Profesor Alejandro Venegas Franco nuestro “Decano”.

También debo expresar profunda gratitud al Profesor Eduardo Montealegre Lynett por su invaluable apoyo académico.

A los profesores y amigos, Jaime Bernal Cuéllar, Miguel Córdoba Angulo, Alberto Suárez Sánchez, Jorge Armando Otálora Gómez, Francisco José Sintura Varela y Antonio José Cancino Moreno.

A mis discípulos Rosaristas de 25 años de cátedra de Derecho Penal en especial a los Profesores Doctor Carlos Guillermo Castro Cuenca, Luis Felipe Henao Cardona, Andrés Garzón Roa, Juan David Riveros Barragán, Alejandro Cadena Molano, Felipe Corredor Carvajal, Laura Espinosa Barrero, Dennise Riaño Roa, Gabriel Bedoya Muñoz y a todos aquellos alumnos que escogieron el Derecho Penal y la dogmática como centro de su vida profesional.

Y por último recordar con gratitud la memoria de los que ya no están, el sacerdote Julio Sánchez, Rodolfo Gonzales García, Luis Carlos Sáchica Aponte y Luis Enrique Aldana Rozo.

A todos gracias de corazón.

Siglas y acrónimos

AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
ACC:	Auto de la Corte Constitucional
AFDUC:	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña
AP:	Audiencia Provincial
APNDL:	Apéndice al Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
ATS:	Auto del Tribunal Supremo
Cajanal:	Caja Nacional de Previsión de Colombia
Cas.:	Casación
CBGG.	Cumplimiento del código del buen gobierno
CCA:	Código Contencioso Administrativo
CDCC:	Convenio de Derecho civil sobre la corrupción
CDPCE:	Convenio de Derecho penal del Consejo de Europa
CDU:	Código Disciplinario Único
CE:	Constitución española
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
CICC:	Convención Interamericana contra la Corrupción
CNUCC:	Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción
Colpuertos:	Puertos de Colombia
Commsa:	Concesionario del Magdalena Medio
CP:	Código Penal
DP:	Derecho Penal
DRAE:	Diccionario de la Real Academia Española
Dragacol:	Dragas de Colombia
EBEP:	Estatuto Básico del Empleo Público
EBI:	Enterprises Berthier Inc

Foncolpuertos:	Fondo de Pasivo Social de la empresa Puertos de Colombia
Greco:	Grupo de Estados contra la Corrupción
JPD:	Jueces para la Democracia (revista)
Invías:	Instituto Nacional de Vías de Colombia
IPC:	Índice de Percepción de la Corrupción
LFCE:	Ley de Funcionarios Civiles del Estado
LGP:	Ley General Presupuestaria
LH:	Libro Homenaje
LL:	La Ley
LLP:	La ley penal (revista de derecho penal, procesal y penitenciario)
LO:	Ley Orgánica
LOTC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPAP:	Ley del Patrimonio de Administraciones Públicas
LRJAP:	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas
Ocde:	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEA:	Organización de Estados Americanos
PAMI:	Plan de Asistencia Médica Integral
PANCP:	Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal
PE:	Parte Especial (del Código Penal)
PG:	Parte General (del Código Penal)
PSOE:	Partido Socialista Obrero Español
PT:	Partido de los Trabajadores de Brasil
RCL:	Repertorio Cronológico de Legislación
RD:	Real Decreto
RDUC:	Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana
RDPP:	Revista de Derecho Procesal y Penitenciario
Reda:	Revista de Derecho Administrativo
RJ:	Repertorio Jurisprudencial
RJEDJB:	Revista Jurídica Española de Jurisprudencia y Bibliografía
ROCE:	Revista de los Organos Autónomos de Control Externo
RPE:	Revista Pena y Estado
RPJ:	Revista del Poder Judicial
RTC:	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP:	Sentencia de la Audiencia provincial
SCC:	Sentencia de la Corte Constitucional
SCCC:	Sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional

SIIF:	Sistema Integrado de Información Financiera
Ss.:	Sentencias
SsTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCC:	Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCE:	Tratado Constitutivo de la Unión Europea
TSE:	Tribunal Supremo Español
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia

Prólogo

La filósofa española Adela Cortina, en una de sus aproximaciones a lo que ella ha querido llamar una “ética pública”,¹ define la corrupción como una acción que se aparta de la legitimidad social que la sustenta y que solo beneficia intereses particulares.² Con ello quiere decir que cuando la acción de una persona es corrupta, se desvía del fin social esperado para prestarse a intereses mezquinos que atentan contra los intereses públicos y afectan el bien común.

No en vano la organización internacional *Transparency International* en su informe de 2012 sobre el preocupante aumento de la corrupción en el mundo, mostró cómo la desviación de las acciones hacia beneficios personales y egoístas tiene graves consecuencias sobre los más pobres de la sociedad, quienes tienen que pagar, incluso con sus vidas, el costo de la malversación de los recursos públicos. La corrupción es una forma –quizás la más grave– de injusticia social. Así lo indican los expertos:

La corrupción se traduce en sufrimiento humano, en familias pobres que son obligadas a sobornar si quieren ser atendidas por un médico o acceder a agua potable. La corrupción afecta la distribución de servicios básicos como la educación, y posterga las inversiones en infraestructura porque los corruptos hacen desaparecer los fondos. La corrupción se convierte en un impuesto sucio, y los pobres son sus víctimas principales.³

¹ Ver: Cortina, Adela. *La ética de la sociedad civil*. Madrid: Editorial Anaya. 1995.

² Cortina, Adela. *Cómo cambiar la tendencia*. Madrid: El País, 2013.

³ Transparency International, *Global Corruption Report*, 2012.

En un Estado como el colombiano, que se funda “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”⁴ puede afirmarse sin lugar a duda que la corrupción pública es una práctica siniestra en donde los que resultan más lesionados con la corrupción pública son los asociados.

Los estudios señalan que si, por ejemplo, la corrupción de Singapur –uno de los países con la tasa más alta de transparencia en el uso de los recursos públicos– ascendiera a la de Pakistán, que de acuerdo con el ranking *Global Corruption Report* ocupa el puesto 37 en la lista de los países más corruptos, esta circunstancia incrementaría un 1.6 puntos porcentuales el gasto público y reduciría en unos 10 puntos los ingresos del PIB. La corrupción afecta negativamente el crecimiento y el desarrollo de los Estados. Reduce sustancial y dramáticamente la productividad, la inversión y por lo tanto, la tasa de crecimiento.⁵ Por todas las anteriores razones, puede afirmarse que los estudios sobre cómo combatir la corrupción son imprescindibles para la democracia.

La presente obra, por medio de la cual la Universidad de León le otorgó al profesor Jaime Lombana Villalba el título de doctor en derecho, fue dirigida por grandes maestros del derecho penal español y se constituye en un gran aporte para el tema, en tanto muestra cómo la corrupción pública conduce a un grave quebrantamiento de los principios esenciales sobre los que se asienta todo régimen democrático. El trabajo de grado centra su atención en resaltar la administración pública como un bien jurídico que amerita una especial protección por parte del derecho penal.

Para ello, el profesor Lombana parte de la regulación de dos tipos penales presentes tanto en el derecho penal español como en el colombiano: el cohecho y el tráfico de influencias. Como lo expone en el texto, son estas las conductas de las que a menudo se valen los corruptos para lograr sus intereses egoístas y punibles.

Además de reflexionar sobre los delitos de cohecho y tráfico de influencias, el texto muestra cómo a partir de la aplicación de los principios de la administración pública consagrados en la Constitución y las normas

⁴ *Constitución Política de Colombia*, Art. 2º.

⁵ Della Porta, Donatella y Vannucci, Alberto. “Corrupt Exchanges, Actors, Resources, and Mechanisms of Political Corruption” en: *Gestión y Política Pública*, 2001.

disciplinarias aplicables a los servidores públicos, se puede delimitar la conducta reprochable y distinguir la delgada línea que separa lo punible de lo socialmente permitido.

El texto parte correctamente de entender que el derecho penal comienza en la Constitución y que el *ius punendi* del Estado debe estar orientado a hacer efectivos los derechos y valores de la Carta. Y no sólo porque la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no pueden desconocer los derechos fundamentales, en la medida en que son el cimiento y el límite de la ley penal, sino que además los principios y los fines del Estado explican, por un lado, por qué la administración pública es un bien jurídico de especial protección, y por otro, definen hasta dónde pueden ir la autonomía, eficacia y desconcentración de la administración pública.

Este libro desarrolla la problemática pertinentemente, presentándola en cinco capítulos. El primer capítulo responde a las preguntas de por qué el tráfico de influencias y el cohecho son dos de las principales manifestaciones del grave flagelo de la corrupción pública. Así da cuenta de que la principal causa del desvío de las acciones hacia el desmedro del bien común es la mezcla de intereses particulares con intereses políticos.

A su vez, este aparte propone que la legislación penal debe prever la posibilidad de levantar la reserva que aún existe en algunos sectores de la administración y que se presta para la falta de transparencia y publicidad de los actos propios de la administración del Estado. Señala además que la participación de los ciudadanos resulta crucial en la lucha contra la corrupción.

En el segundo capítulo el autor enuncia el desarrollo histórico que ha tenido la tutela penal de la administración pública en España. El lector conocerá las diferentes fórmulas de tipificación así como las principales teorías jurisprudenciales y doctrinales sobre el bien jurídico de la administración pública. Precisamente este aparte muestra cómo el derecho penal ha dejado de tutelar un deber del cargo para entrar a proteger el funcionamiento de la administración pública. Lo anterior permite contar con un tipo penal mucho más amplio y acorde con un Estado descentralizado y dinámico en sus relaciones y proyectos.

El tercer capítulo del texto estudia el delito de tráfico de influencias en la legislación española, y con gran análisis y detalle investigativo, el autor afirma que no toda influencia en el servidor público es una acción punible para el derecho penal. De ahí que la influencia debe cumplir con los siguien-

tes requisitos: ha de ser real, con cierto grado de eficacia y debe causar un beneficio. Sólo así se podrá garantizar un derecho penal mínimo, garantista de los derechos y libertades de las personas.

Por su parte, el cuarto capítulo aborda, desde una perspectiva histórica, el delito de cohecho en España, haciendo especial énfasis en las ventajas que representa la manera en que actualmente está tipificado en la ley orgánica 05 de 2010, que delimita las conductas permitidas a partir de criterios útiles como es el caso del riesgo permitido. De esta forma se pueden evitar investigaciones y juzgamientos desproporcionados, ya que otro de los criterios que tiene en cuenta la ley penal es la cuantía de la dádiva.

Finalmente, el último capítulo de la obra del profesor Jaime Lombana formula un análisis bastante completo sobre el delito de cohecho y el delito de tráfico de influencias en el Código Penal Colombiano, con el fin de proponer la aplicación de algunos criterios elaborados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española sobre la materia.

Respecto al delito de cohecho en la legislación nacional, argumenta por qué la tesis italiana que recoge nuestro Código Penal y que distingue entre *concuizione* y *corruzione*, –diferente a la fórmula unificada usada por el derecho español– no permite realizar una diferenciación de la punibilidad. Con ello quiere decir que el tipo penal existente no distingue entre la inducción y el constreñimiento. No hay duda de que esta crítica genera un interesante debate dentro de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

En cuanto al capítulo quinto, éste aborda el delito de tráfico de influencias consagrado en los artículos 411 y 412 del Código Penal y pone en duda su sencilla regulación en la medida en que su carácter “simplista” se presta para que los corruptos aprovechen las lagunas del tipo y se excusen en la ley para evadir sus responsabilidades de carácter penal, disciplinario y fiscal.

Es indiscutible que el texto del profesor Jaime Lombana Villalba, escrito desde su perspectiva de abogado en ejercicio, es una herramienta que ha de tenerse en cuenta a la hora de estudiar los mecanismos para combatir la corrupción en el marco de los postulados del Estado Social de Derecho, en especial aquellos que la Constitución Política exige para el funcionamiento del sistema democrático. Lo dicho encuentra eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sido clara al indicar lo siguiente:

la justificación misma del Estado Social de Derecho pasa, entre otros aspectos, por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y debida utilización de los recursos públicos. Por lo tanto, las actuaciones venales, la concesión de ventajas indebidas dentro de los procedimientos estatales, el ocultamiento de información a los ciudadanos y la restricción de los legítimos espacios de participación ciudadana en la administración, entre otras conductas, son incompatibles con las previsiones constitucionales que propugnan por la protección del interés general como base misma del Estado.⁶

Es indudable que la legitimidad política de la democracia se ve gravemente afectada por la corrupción. La corrupción es la principal causa de un Estado ineficaz, injusto e ineficiente.⁷ Lo más grave de todo es que la crisis que generan los sistemas corruptos facilita la violación de los derechos humanos.

Sólo cuando el Estado logre la realización efectiva de los principios que consagra la Constitución y evite que el interés egoísta de unos pocos logre anteponerse al interés general, se podrán recomponer en buena medida los lazos de confianza que se han roto entre los ciudadanos, las instituciones del Estado y sus servidores, lo que constituye un capital ético de enorme valor.

Por esto último, es preciso decir que el texto titulado: *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia* se une a las voces de aquellos que afirman la necesidad de forjar una “ética pública” como antídoto para combatir la corrupción.

Jaime Lombana es uno de los penalistas más brillantes de la academia colombiana y su libro constituye un gran aporte al derecho hispanoamericano. Sin duda, el texto es una valiosa herramienta de trabajo para los estudiosos del derecho comparado. Estamos ante una magnífica obra, construida durante varios años con esfuerzo y disciplina. Es el producto indiscutible de una vida dedicada a la academia y al ejercicio de la profesión de abogado con innegable tesón e inteligencia.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1998.

⁷ Della Porta, Donatella y Vannucci, Alberto. “Corrupt Exchanges, Actors, Resources, and Mechanisms of Political Corruption” en: *Gestión y Política Pública*, 2001.

Una lucha decidida y eficaz contra la corrupción por parte de las instituciones públicas colombianas contribuye a la construcción de una paz duradera y estable.

Eduardo Montealegre Lynett
Fiscal General de la Nación

Julio de 2014