

Prevaricato y ética profesional

Prevarication and professional ethics

Ximena Peinado Medina*, Francy Quintero Rosas*
Laura Medina Fonseca*, Carlos Muñoz Sotelo*

Resumen

La prevaricación en su significado etimológico deriva del verbo latino *prevaricare* que quiere decir desviarse del camino recto o caminar torcido; el *prevaricato* como tipo penal se refiere a la manifestación injusta o contraria a la ley, proferida por un servidor público en ejercicio de sus funciones y abusando de su autoridad. Esta actuación es reprochable no solo desde el punto de vista penal sino también ético-profesional, sin embargo la actuación puede ser justa o injusta dependiendo de los móviles que propiciaron la conducta, y para determinar tal calidad se debe hacer un estudio de ponderación entre el comportamiento y el objetivo pretendido; es allí donde la ética profesional adquiere un papel fundamental en las decisiones tomadas por el servidor público.

Palabras clave

Prevaricato por acción, prevaricato por omisión, ética profesional, deontología, autonomía.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract

The prevarication in its etymological meaning derives from the Latin verb *prevaricare* which means to turn aside of the way or to walk twisted. The prevarication as penal type refers to the unjust manifestation or opposite to the law, issued by a public servant in exercise of his functions and by abusing of his authority. Such an action is censurable not only from the penal point of view but also ethic and professionally. Nevertheless, the action can be just or unjust depending on the motives that propitiated that conduct, and to determine such a quality it is necessary to study of compensation between the behavior and the searched aim; it is there where the professional ethics acquires a fundamental role in the decisions made by the public servant.

Key words

Prevarication for action, prevarication for omission, professional ethics, deontology, autonomy.

Introducción

Este trabajo busca explicar la relación existente entre el tipo penal de prevaricato (por acción o por omisión) y la ética consignada en los códigos deontológicos que orientan la conducta del servidor público en el ejercicio de sus competencias. Para tal fin expondremos los conceptos contenidos en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), soportados con la doctrina y jurisprudencia pertinentes, presentaremos la definición de ética profesional y su verdadero significado, y, por último, la íntima relación existente entre prevaricato y ética, teniendo en cuenta la salvedad de la efectividad de la justicia material.

Prevaricato por acción

El tipo penal de prevaricato está

contemplado en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, así: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.”

Tal es la definición que da nuestro Código Penal al prevaricato por acción, el cual comprende las actuaciones de jueces, fiscales, técnicos, peritos, procuradores y demás servidores públicos que ejerzan autoridad.

Se tiene por obvio que el dictamen o la resolución proferida por el servidor debe ser manifiestamente contraria a la ley¹, aunque “en los casos en los cuales se produce el prevaricato por acción

¹ En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, examinó in extenso el contenido y alcance de la expresión “manifiestamente contrario a la ley”, habiendo concluido lo siguiente: la resolución, dictamen o concepto que es contraria a la ley de manera manifiesta, es aquella que de su contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y sí por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aun en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución. Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional, elemento esencial de ella, permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal. Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

suelen ser aquellos que de manera sutil, en cubierta, se profieran los actos tratando de ocultar su ilicitud o su ilegalidad”².

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “en el prevaricato por acción queda subsumido el delito de abuso de función pública”³.

La característica principal de este tipo penal es la disparidad y contradicción entre la decisión adoptada y las normas de derecho vigentes y aplicables al caso en particular, teniendo presente la ilegalidad de la conducta, “por tanto, se trata de una conducta dolosa, porque exige que el agente delictivo tenga conciencia de la ilicitud de su actuar, [y] que conozca plenamente que el acto que emite es contrario a la ley”⁴.

Ahora bien, en relación con la expresión “*dictámenes o conceptos*”, la Corte Suprema de Justicia estimó lo siguiente:

“Lo otro, o sea que la no presencia de los vocablos “concepto” y “providencia”, en el texto del artículo 149 del Código Penal, deja por fuera del ilícito el salvamento arbitrario de voto, porque solo es un “criterio” u “opinión” no vinculante y porque propiamente no

es recogido por los términos “resolución o dictamen” que finalmente fue los que consignó el legislador, prescindiendo de los otros, es apuntamiento que no consulta la realidad jurídica y gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la lengua, define la voz dictamen (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es entonces incuestionable que si quien dio la opinión o suscribió el dictamen (caso del salvamento de voto), lo hace con el carácter de funcionario, consignando apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley, o preceptos, criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato por acción, así sus afirmaciones no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio”⁵. (Subrayas fuera de texto).

De tal suerte que por dictamen o concepto se entiende la consignación de una opinión en el transcurso o trámite de un proceso administrativo o judicial posteriormente valorado por quien adopta la decisión. Ejemplo de lo anterior es el dictamen pericial.

Prevaricato por omisión

Por otro lado, encontramos el desarrollo del prevaricato por omisión en el artículo

Así las cosas, la manifiesta contrariedad con la ley de la decisión judicial puede provenir de alguno de los supuestos mencionados que hacen arbitraria o aparente la apreciación probatoria, los cuales -según lo dicho- tienen origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba.

² Lecciones de derecho penal especial. 1 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 136-137.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de junio de 1999. M.P. Jorge A. Gómez Gallego.

⁴ Lecciones de derecho penal especial, Op cit., p. 136-137.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 13 de octubre de 1988, reiterada en providencia del 29 de septiembre de 2005.

414 del Código Penal, que prescribe “el servidor público que omita, retarde, rehúse, o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de 2 a 5 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.”

A diferencia de la anterior figura, el prevaricato por omisión se caracteriza por la no realización de las funciones propias de su cargo, o por la realización tardía y extemporánea de las mismas. De tal forma que cuando “el funcionario falta a ese deber de cumplir dentro del tiempo o la oportunidad debida, las obligaciones propias de la función que le ha sido encomendada está faltando al ejercicio de esa función y, en consecuencia se está atentando no solamente contra la buena marcha y contra el buen nombre de la administración, sino que finalmente está atentando contra la rectitud de la misma toda vez que ella tiene a su cargo la obligación de cumplir pronta y cumplidamente con

el ejercicio de sus funciones”.

La configuración del tipo penal obliga a que dicha conducta se desarrolle bajo la modalidad de dolo, al respecto la Corte ha dicho: “Ahora, en su aspecto subjetivo y dado que la conducta de prevaricato por omisión es delito eminentemente doloso, necesario se torna partir del concepto de dolo que, conforme la dogmática penal, es “el saber y querer la realización del tipo” [...] El primer momento comprende el conocimiento que se tiene del hecho punible -el tipo en su aspecto objetivo- en tanto que con el segundo se precisa de que el agente también quiera la realización del tipo, esto es, que tenga voluntad de concurrir a la conducta omisiva”⁶.

Sin embargo, no todas las conductas omisivas en el ejercicio de funciones públicas desencadena en el tipo penal objeto de estudio, es claro que el factor volitivo debe mediar en la conculcación del bien jurídicamente tutelado⁷, y también debe configurarse una violación ostensible a la ley⁸.

⁶ Lecciones de derecho penal especial, Op cit., p. 136-137.

⁷ Cfr. Proveídos del 28 de septiembre de 1993 y 18 de mayo de 1999. Radicados 8250 y 11726, M.P. Dídimo Páez Velandia. [...] No en vano viene sosteniendo la Corte que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones asignadas, constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este delito esencialmente doloso, requiere necesariamente que cualesquier conducta de las descritas en el artículo 150 del Código Penal de 1980 -Art. 414 de la Ley 599 de 2000, esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función. Ello implica, en cada caso, la necesidad de examinar la norma que la asigna y el término para su cumplimiento y, además, es preciso demostrar si conociendo dichos presupuestos, medió en el agente la voluntad para omitir, rehusar, retardar o denegar el acto propio de esa función. Por consiguiente, para la realización del tipo penal de que se trata, el agente debe conocer y querer las circunstancias del hecho a que se refiere el mismo, “porque no es posible concebir el dolo sin el conocimiento y la voluntad del supuesto amenazado con pena”.

⁸ Conforme con la definición del tipo básico de prevaricato, también dijo la Corte en providencia del 27 de mayo de 2003 con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas. Radicado 18850. Omitir, retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados “deliberadamente” al margen de la ley, esto es con violación manifiesta de ella. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud, no es suficiente para pregonar su punibilidad.

Ética y deontología profesional

La ética se entiende como el estudio del comportamiento, las actuaciones, y la virtud con que se viva, observando fenómenos intrínsecos de la persona y su moral; sin embargo, cuando una actividad en particular requiere de una serie de “normas” éticas, dadas las específicas circunstancias que singularizan un grupo, se hace referencia a la deontología, para el caso concreto, la deontología del funcionario público.

“El término deontología profesional hace referencia al conjunto de principios y reglas éticas que regulan y guían una actividad profesional. Estas normas determinan los deberes mínimamente exigibles a los profesionales en el desempeño de su actividad. Por este motivo, suele ser el propio colectivo profesional quién determina dichas normas y, a su vez, se encarga de recogerlas por escrito en los códigos deontológicos. A día de hoy, prácticamente todas las profesiones han desarrollado sus propios códigos y, en este sentido, puede hablarse de una deontología profesional periodística, de una deontología profesional médica, deontología profesional de los abogados, etc.”⁹

No obstante, cuando las formalidades procedimentales y la ritualidad excesiva en los procesos judiciales y administrativos no permiten una material realización del fin de la justicia y anteponen a los valores fundamentales

del Estado el eficientismo propio de las organizaciones burocráticas, el control disciplinario desmedido intransigente e inconciliable con la naturaleza humana del servidor público se convierte en un arma capaz de tergiversar la correcta administración de justicia y yuxtapone el cumplimiento de las funciones públicas a valores éticos .

¿Qué tan loable es la primacía del garantismo despótico, ante una realidad inminente y de carácter esencialmente humano?

Las grandes conquistas de la humanidad a través de la historia frente al reconocimiento y garantías de los derechos fundamentales logrados mediante las luchas sociales y bajo un marco generalizado de guerra y conflicto, hoy nos permiten gozar de unas libertades y facultades propias de las sociedades modernas y liberales. Sin embargo, tapar el sol con un dedo es cosa necia y deshonesto. Sin duda, una mala interpretación y aplicación de los pilares del ordenamiento jurídico y una rigidez inusitada hoy vicia los procedimientos y el desarrollo de estas mismas garantías, entonces las situaciones se vuelven realmente contradictorias, acaso ¿las instituciones universalmente reconocidas y axiológicamente encumbradas, pueden ser cristalizadas hasta el punto de convertirse en su propia antítesis?

Es claro que para dar respuesta a ello,

⁹ Deontología profesional. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Deontolog%C3%ADa_profesional>

debemos contextualizar el fenómeno jurídico y extrapolarlo al ejercicio de las funciones públicas de nuestro país. Reconociendo que al ser una sociedad periférica y sin una identidad jurídico-política propia, fiel seguidora de los modelos mundiales y de los órdenes preestablecidos para las sociedades con identidades opuestas a las de nuestra latitud, la aplicación de normas y sistemas importados, crea un choque inminente con la cultura ética arraigada en la comunidad tradicional.

A lo que nos referimos puntualmente es a que la incorporación de un determinado ordenamiento con una visión garantista y respetuosa de los derechos fundamentales es totalmente aceptable y bienvenida, pero en el estricto sentido de su aplicabilidad se debe analizar qué tan acorde resulta con la calidad humana del funcionario público y su autonomía decisoria, que no constituye la discrecionalidad arbitraria de antaño. Concretamente, no defendemos ni la impunidad ni la injusticia mediadas a través del ejercicio de las funciones públicas, pero tampoco estamos de acuerdo con un inflexible sistema que inquisitivamente llegue a pervertir cualquier actuación del funcionario público, hecho que por

demás, sin contravenir con los derechos fundamentales del administrado, está amparado bajo el marco ético y deontológico de la libertad de pensamiento y de la independencia en el criterio profesional que no desconoce y que toma como base todas las fuentes formales del derecho”¹⁰.

Dado que la virtualidad de la igualdad, como bella ficción, se refiere a una ecuanimidad de trato, oportunidades y derechos mas no a una homogeneidad y uniformidad de caracteres en los seres humanos, de lógica resulta que cada persona independientemente de la profesión que ejerza, merece que le sea respetada su individualidad y su autodeterminación, por tanto censurar bajo la etiqueta de función pública el libre ejercicio del raciocinio y del sentir ético con una orientación de justicia es coartar las mismas libertades que el funcionario pretende favorecer como garante del servicio del Estado.

Al respecto, anota DARÍO BOTERO¹¹: “la ética es, desde luego, un orden normativo, no factico. Pero debe basarse en el fluir de la vida lo cual no significa que se establezca una ética empírica, sino que la ética debe estar abierta al movimiento social para no

¹⁰ Así lo dice la Corte: “la ley ha dejado de ser el límite en la adopción, por parte de los servidores públicos, de las resoluciones, dictámenes o conceptos que en cumplimiento de sus funciones deben proferir. En otras palabras, el control de este tipo de actos ya no tiene como parámetro exclusivo la ley sino que dada la fuerza normativa de la Constitución y aquella de la jurisprudencia constitucional, reconocida como fuente formal del derecho, como de la jurisprudencia (doctrina probable), “el ámbito de control se ha ampliado y esto se ha justificado en la garantía de la efectividad del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima.”

¹¹ BOTERO URIBE, Darío. Vida ética y democracia, el fundamento de la ética. 2 ed. Universidad Nacional de Colombia, 2001. p. 27- 37.

convertirse en una camisa de fuerza de la sociedad. Una ética que constriña la vida, que prohíba el goce, que no favorezca una actitud de plenitud humana, que adopte una postura conservadora frente al cambio científico y social, está condenada al fracaso”.

No podemos desconocer que nuestra sociedad colombiana ha sido convulsionada por los fenómenos de la descomposición y la corrupción política, los cuales se han convertido en un común denominador de la administración pública, pero ello no da pie a que una interpretación hermética y restrictiva de la norma y de la intención del legislador, sean usadas como herramienta para coaccionar el correcto y justo ejercicio del servidor público cuando sus principios éticos tendían a garantizar efectiva y materialmente el derecho a que haya lugar, aun cuando contravengan prescripciones positivas. La ética, dice BOTERO¹², “no debe ser un mero catálogo de prohibiciones, las prohibiciones son más bien los límites del continente de la licitud, lo que se repudia debe ser apoyado con razones: no solo debemos decir que algo está mal sino por

qué. Una moral arbitraria autoritaria, que no se detiene a discutir sus prohibiciones, está condenada al colapso”.

¿Por qué, si universalmente se reconocen principios de favorabilidad en las distintas situaciones adversas al ser humano y el derecho es garante de la aplicación de estos mismos, no se hace una efectiva y real extensión a quienes se encargan de servir a los intereses de la sociedad? Es claro que no se puede generalizar indiscriminadamente a un gremio o sector social por las reiteradas actuaciones inequívocas de algunos de sus miembros, esto sería caer en el vicio del prejuicio y de la inequidad, que además carece de lógica, como también es claro que antes de ser funcionario público se encuentra la calidad básica de ser humano, capaz de pensar y razonar con la motivación ideal del buen servicio y que en el ejercicio del mismo siempre tendrá como fuente la efectividad del derecho y las garantías fundamentales, aun cuando por pugna ostensible entre hecho y derecho sea imposible seguir una armonía dialéctica, y tenga que prevalecer sobre el establecimiento de la norma.

Lista de Referencias

- BOTERO URIBE, Darío. Vida ética y democracia, el fundamento de la ética. 2ª ed. Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Deontología profesional. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Deontolog%C3%ADa_profesional>
- Lecciones de derecho penal especial. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Ley 599 de 2000. Arts. 313 y 314.
- Revista de Derecho Penal. N° 3 (oct.-nov., 1997). Bogotá: Leyer.

¹² Ibid.