



Radicado: 11001-03-25-000-2015-00040-00 (0050-2015)
Demandante: FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUALES

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D. C., dos (2) de diciembre mil diecinueve (2019)

Radicación: 11001-03-25-000-2015-00040-00 (0050-2015)
Actor: FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUALES
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF

Decreto 01 de 1894-Sentencia de única instancia

I. ASUNTO

Conoce la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en única instancia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 CCA), instaurada por el señor Francisco Efrén Ortega Ruales, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

2.1.1. Pretensiones

El señor Francisco Efrén Ortega Ruales, a través de apoderado, formuló demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, con el objeto de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos de carácter disciplinario:

- Fallo disciplinario de 9 de febrero de 2007, proferido por la Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF, que impuso al señor Francisco Efrén

¹ Ff. 420 y s.s. Cuaderno 1.



Ortega Ruales la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por dos meses².

- Fallo disciplinario contenido en la Resolución 0877 de 2 de mayo de 2007, proferida por la Dirección General del ICBF, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión anterior, confirmándola parcialmente, salvo el numeral 2.º que modificó para disminuir la sanción a un mes de suspensión en el ejercicio del cargo.
- Resolución 0978 de 14 de mayo de 2007, por la cual se ejecutó la sanción disciplinaria de suspensión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Se ordene el reintegro definitivo del salario dejado percibir por el señor ORTEGA RUALES, durante junio de 2007, junto con el porcentaje afectado a sus prestaciones sociales.
- Para los efectos de prestaciones sociales en general, declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.
- Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, al igual que lo contemplado en el artículo 177.
- Reconocerle y pagarle los perjuicios materiales y morales ocasionados por la sanción disciplinaria.
- Se declare a la demandada como responsable de los perjuicios causados en su

² La pretensión de nulidad obra a folio 436 obra oficio en le incluye como pretensión la declaratoria de nulidad del fallo disciplinario de primera instancia proferido por la Jefe de la Oficina Jurídica del ICBF a través del cual se le sancionó con dos meses de suspensión en el ejercicio del cargo



vida de relación.

- Solicita se falle *extrapetita* y *ultrapetita*, para proteger sus derechos.
- Que las sumas resultantes en virtud de la condena sean indexadas y actualizadas³.

Como petición previa solicitó la suspensión de la inscripción de la sanción en el registro de sanciones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, así como que «se le reponga los días laborados».

2.1.2. Hechos⁴

En síntesis, los hechos relevantes son los siguientes:

El señor Francisco Efrén Ortega Ruales se desempeñó como defensor de familia, código 2125, grado 15, durante aproximadamente 17 años.

El 30 de junio de 2005, la trabajadora social del hospital de la localidad de Kennedy de Bogotá puso a disposición de la defensora segunda de familia del Centro Zonal del ICBF, de esa localidad a la niña JLB⁵, a efectos de que se le brindara protección con motivo del estado de desprotección en el que se encontraba y por el presunto maltrato ocasionado por parte de la madre, la abuela materna y el padrastro.

El señor Ortega Ruales en su condición de defensor de familia, con base en el artículo 38 del Código del Menor, reglamentado por el artículo 5.º de la Resolución 049 de 2002 proferida por la Regional Bogotá del ICBF, remitió la atención de la menor ante la sicóloga de su equipo interdisciplinario, Paola Enith Vásquez, quien entrevistó a la abuela materna Susana Ballesteros y su nieta JLB, donde determinó que existían

³ Folios 427 y 428 del cuaderno 1.

⁴ Folios 420 y s.s. del expediente.

⁵ La Sala omitirá el nombre de las menores de edad a quienes se menciona en esta providencia, y en su lugar lo sustituirá por sus iniciales, en cumplimiento de lo señalado por el artículo 33 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.



fuertes vínculos afectivos entre ellas y que «el caso es de custodia» por lo que decidió entregarle la niña a la abuela sin que el defensor de familia lo supiera.

La señora Susana Ballesteros, abuela de la menor, asumió el cuidado de la niña durante seis meses y en noviembre de 2005 la niña EDB, hermana de JLB, también requirió protección ante la defensoría primera de familia, en el mismo Centro Zonal del ICBF, pero en esa dependencia no se abrió proceso ni se averiguó por la situación de su entorno familiar, omisión que no permitió saber cómo se encontraba la niña JLB (f. 421).

En un acto criminal, cometido por la madre y el compañero permanente, dieron muerte a JLB el 7 de abril de 2006, aproximadamente 10 meses después de haber sido entregada la niña a la abuela por parte de la psicóloga, según se relata en la demanda.

Según el apoderado, la psicóloga no dio cumplimiento a lo señalado en el artículo 5.º de la Resolución 049 de 2002, abriendo el historial de atención, ni tampoco leyó bien la epicrisis remitida por el Hospital, sino que transcribió su concepto en manuscrito, considerando que el asunto no ameritaba proceso de protección sino asignación de custodia de la niña JLB, sin poner esto en conocimiento del defensor de familia, por lo que éste solamente tuvo conocimiento luego de ocurrido el deceso de la menor.

Por lo anterior, la Jefe de Control Interno disciplinario del ICBF profirió fallo sancionatorio el 9 de febrero de 2007, donde le impuso al demandante dos meses de suspensión en el ejercicio del cargo; tal decisión fue objeto de recurso de apelación ante la directora General del ICBF, quien mediante Resolución 0877 de 2 de mayo de 2007 disminuyó la sanción al término de un mes y ordenó abrir investigación a los demás implicados en el caso.

Mediante Resolución 0978 de 14 de mayo de 2007 dictado por la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, resolvió ejecutar la sanción impuesta al demandante sin precisar la fecha a partir de la cual empezaba a correr el término de suspensión, lo que debió haber determinado la Regional del ICBF.



Dicho acto administrativo señaló que tendría efectos a partir de su expedición, cuando debió ser desde la notificación que se produjo el 31 de mayo siguiente; que el 8 de junio de 2007, la Jefe de la Oficina Jurídica comunicó que el 31 de mayo fue notificado de la fecha de la suspensión, por lo que el 8 de junio, el demandante presentó petición dirigida a la Directora Regional Bogotá del ICBF, solicitando se expida el respectivo acto administrativo advirtiéndole la fecha en que empieza a hacerse efectiva la sanción.

Que el 13 de junio siguiente, la Jefe de la Oficina Jurídica envió comunicación a los jueces de familia de los Juzgados a los cuales está adscrito el sancionado, por lo que enterado de tal situación el demandante, dejó de trabajar a partir el 15 de junio, por lo que su reintegro debió hacerse efectivo hasta el 15 de julio de 2007, sin embargo el demandante ante la negativa de la administración regional se reintegró el 3 de julio de 2007, por lo que reclama la compensación de su salario por los días laborados ya que la suspensión se hizo efectiva desde el 1.º de junio de 2007.

Con el fin de evitar un perjuicio irremediable el demandante interpuso acción de tutela pero el amparo fue denegado.

2.1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación⁶.

El demandante invocó como vulnerados los artículos 29 de la Constitución Política, 38 del Código del Menor y 9.º, 128, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002, 5.º de la Resolución 049 de 2002 proferida por la Dirección Regional Bogotá del ICBF, reglamentaria del artículo 38 del parcialmente derogado Código del Menor.

El concepto de violación señalado en la demanda es reiterativo y poco organizado por lo que se resumirá de la siguiente manera:

(i) Desconocimiento del procedimiento establecido en el artículo 5.º de la Resolución 049 de 2002, proferida por la Dirección Regional Bogotá del ICBF, reglamentaria del artículo 38 del parcialmente derogado Código del Menor.

⁶ Folios 422 y siguientes del Cuaderno 1.



Precisó que tal norma obliga a los integrantes del equipo interdisciplinario a cargo del defensor de familia, a abrir la historia socio familiar, emitir los respectivos conceptos y ponerlos en conocimiento del defensor de familia, por cuanto se requiere la intervención de profesionales con conocimientos especializados, tal como señala el Código del Menor en su artículo 38 y la Resolución 049 de 2002 proferida por el ICBF. Por esto, los profesionales del equipo interdisciplinario deben emitir individualmente su concepto con el fin de que el defensor de familia pueda establecer la situación de abandono o peligro físico o moral en que se encuentra el menor y dictar la medida de protección provisional que se pueda aplicar al caso. Que con base en la apertura de la historia integral socio familiar el defensor de familia da la apertura a la investigación por medio de auto en el que se ordena la apertura de las pruebas.

(ii) Error en la valoración probatoria. Explicó que la sanción disciplinaria se apoyó en el testimonio de la psicóloga, quien no desarrolló el procedimiento señalado y entregó la niña sin la anuencia del defensor de familia, tal como lo confiesa ella misma y lo afirma la abuela, pero que dice que entregó el concepto al defensor, aunque no hay prueba de ello; y el testimonio de la abuela, presuntamente maltratadora según la epicrisis, y quien fue responsable de dejar a la niña JLB en manos de su madre y del padrastro. Que no se tuvo en cuenta que las declarantes perseguían su propia defensa y ser inculpadas, pero se les dio plena credibilidad, por lo que no se aplicaron los principios de la sana crítica del artículo 141 de la Ley 734 de 2002.

No se tuvieron en cuenta las declaraciones de la coordinadora del Centro Zonal Kennedy Nelly Olarte Ariza, ni de la coordinadora del Grupo de la Asistencia Técnica de la Administración Regional del ICBF Carmen Tulia Medina, ni de la jefe de adopciones de la administración central Beatriz Helena Guzmán; ni los testimonios de las integrantes del equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia incluida la misma psicóloga Luz Esmeralda Aguirre, trabajadora social, Martha Rocha, la nutricionista y la misma sicóloga. Que tanto en la valoración de las pruebas, como en los procedimientos y las circunstancias en las que sucedieron los hechos no se aplicó en favor del defensor investigado el beneficio de la duda y la presunción de inocencia. No se analizaron las circunstancias en las que sucedieron los hechos, pues dicha defensoría de familia no se encontraba con todos sus miembros, lo que no se investigó



sino todos afirmaron que ese día el defensor de familia se encontraba ocupado

No existe relación de causalidad entre la muerte de la niña y la responsabilidad del defensor de familia, quien no entregó la niña a la abuela, tanto por el tiempo que transcurre (10 meses) como por el cuidado de la niña, debió tener por parte de la abuela (principio de solidaridad y corresponsabilidad) con lo que la muerte de la menor no ocurre como una consecuencia inmediata de una falla en la prestación del servicio y mucho menos atribuible al defensor de familia que atendió el caso.

Al momento de los hechos el demandante ostentaba el cargo de presidente de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, existiendo interés en sancionarlo comoquiera que se enfrentó con la Directora General del ICBF.

Precisó que se desconocieron los artículos 128, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002 por cuanto no existe prueba fehaciente que incrimine al demandante sino que al contrario, el ICBF no tuvo en cuenta que su actuar estuvo acorde al procedimiento establecido y valoró erradamente la actuación de la psicóloga quien aceptó la negligencia con la que actuó pues fue quien entregó la niña a su abuela, sin conocimiento del defensor de familia.

(iii) Error en la determinación de la culpabilidad. No se analizaron los presupuestos de la culpa, pues el defensor de familia dio aplicación a los procedimientos establecidos, es decir realizó la remisión con base en el artículo 38 del anterior Código del Menor y la Resolución 049 de 2002. No se tuvo en cuenta que el demandante no recibió el concepto ya que la psicóloga entregó la niña sin informarle, por lo que el defensor no pudo desarrollar ninguna actuación ni hubo información posterior sobre el asunto, por lo que no pudo hacer seguimiento al caso, ya que las diligencias adelantadas por la sicóloga las conoció después de la muerte de JLB. Por tanto, en este caso no se presenta ninguna forma de culpa del señor Ortega Ruales, por lo que no debe responder disciplinariamente por la conducta desarrollada por la psicóloga.

(iv) Vulneración del principio de la presunción de inocencia señalado en el artículo 9.º de la Ley 734 de 2002, al no existir algún indicio de responsabilidad en la actuación



del demandado y porque la conducta por la cual se le investigó y sancionó nunca se cometió; que por lo demás la sicóloga no entregó el concepto al defensor de familia, ni tampoco a la Secretaría del Despacho, no informó posteriormente de la entrega irregular de la niña a la abuela y «sospechosamente» después de 10 meses, aparecieron unas diligencias transcritas a mano, sin fecha y sin número de expediente realizadas por la psicóloga.

(v) Proporcionalidad de la sanción. No se valoró la inexistencia de antecedentes disciplinarios del demandante, para atenuar la sanción; que la decisión de sanción es parcializada y solo en la parte resolutive de la decisión sancionatoria se ordena investigar a los demás implicados en el caso; que se desconoció que ese centro zonal era diligente y avocó 300 casos y en año y medio dejó 64 casos activos, pero que el demandante tuvo que ser «trasladado por amenazas a consecuencia de ciertos asuntos laborales.»⁷.

2.2. Trámite del proceso

El conocimiento del proceso correspondió inicialmente al Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que admitió la demanda a través del auto de 7 de diciembre de 2007⁸; el ICBF, actuando a través de apoderado judicial contestó la demanda⁹. Por auto de 19 de agosto de 2011¹⁰ el Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá procedió al decreto de pruebas. A través de auto de 15 de noviembre de 2011¹¹ se concedió el término para alegar de conclusión, término en el cual se pronunciaron las partes¹².

El Juzgado 23 Administrativo de Bogotá profirió sentencia el 19 de diciembre de 2011¹³, decisión contra la cual el ICBF interpuso recurso de apelación¹⁴, que fue concedido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de octubre de 2012¹⁵.

⁷ f. 426 Cdno. 1.º

⁸ ff. 440 y s.s. cuaderno 2

⁹ En escrito visible a folios 499 y s.s Cuaderno 2.

¹⁰ f. 525 Cdno. 2.

¹¹ f. 568 Cdno. 2.

¹² ff. 569 a 611 Cdno. 2.

¹³ ff. 1 y s.s. Cdno 3.

¹⁴ Ff. 31 y s.s. Cdno. 3.

¹⁵ f. 77-79 Cdno. 2



A través de auto de 21 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la falta de competencia funcional para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de la referencia y ordenó remitirla a esta Corporación¹⁶, la cual, mediante proveído de 24 de febrero de 2015 avocó el conocimiento del proceso y profirió auto admisorio¹⁷.

El ICBF dio contestación a través de apoderado judicial¹⁸.

Por auto de 19 de abril de 2016¹⁹, se declaró abierta la etapa probatoria y se dispuso que las pruebas recaudadas hasta el momento conservarían su valor probatorio, y comoquiera se dispuso correr traslado para alegar de conclusión, de conformidad con lo señalado por el artículo 210 del C.C.A.

En esa oportunidad sólo se pronunció el Ministerio Público²⁰.

Con providencia de 9 de septiembre de 2019, se dispuso declarar la nulidad de la sentencia proferida el 30 de junio de 2009 por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, disponiendo además, que los actos antecedentes conservarían su validez y una vez en firme esa decisión, debía ingresar el proceso al despacho para proferir sentencia²¹.

2.3 Contestación de la demanda²².

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de apoderado, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Al efecto señaló que:

- La señora Sandra Corzo Pérez, trabajadora social adscrita al hospital occidente

¹⁶ ff. 151 y s.s. Cdno. 3

¹⁷ ff. 164 y s.s. Cdno. 3

¹⁸ A folios 176 a 187 del Cdno. 3

¹⁹ Ff. 192 y s.s. Cdno. 3.º

²⁰ Ff. 195-202 Cdno. 3.º

²¹ Ff. 219 a 220 Cdno. 3.º

²² Folios 176 y s.s. cuaderno principal 3 del expediente.



de Kennedy III nivel, indicó en el curso del proceso disciplinario, que puso a disposición de la Defensoría de Familia del Centro Zonal Kennedy del ICBF a la niña JLB, para que se le brindara protección en razón al estado de desnutrición en que se encontraba y el presunto maltrato familiar infringido por su entorno familiar.

- El demandante, cuando se desempeñó como defensor de familia remitió la atención de la niña JLB ante la psicóloga del equipo disciplinario, Paola Enith Vásquez; que no es cierto que la remisión se haya hecho con base en el artículo 38 del Código del menor reglamentado por el artículo 5.º de la Resolución 049 de 2002, que establece los lineamientos para la prestación del servicio de protección en la regional Bogotá; sin embargo, no puede desconocerse lo señalado en el Decreto 2737 de 1989, el cual, en su artículo 37 establece la ruta a seguir en los eventos de menores en estado de abandono o peligro físico o moral; que tal norma jurídica fue temerariamente pretermitida por el defensor de familia.
- Se probó en la actuación disciplinaria, a través de los testimonios de la trabajadora social y de Susana Ballesteros que el señor Francisco Efrén Ortega Ruales recibió información tanto verbal como escrita acerca del grave estado de la menor JLB, quien requería medidas urgentes de protección porque estaba siendo víctima de maltrato y que el defensor de familia manifestó que no podía darle protección a la niña porque tenía a su abuela, y que luego de ello la remitió a la psicóloga, quien luego de la entrevista se dirigió donde Ortega Ruales y le hizo un relato de los hechos que advirtió y le entregó los documentos del caso, luego de lo cual se retiró de ese despacho.
- El demandante, al recibir la información referente a que la niña estaba siendo objeto de maltrato, se desentendió del asunto, faltando a su deber legal de abrir inmediatamente investigación formal, tal como lo prescribe el artículo 37 del Código del menor que estaba vigente para entonces.



- La psicóloga no le entregó la menor a la abuela en custodia; no existe evidencia de ello; por el contrario, Susana Ballesteros, abuela de JLB, asumió de hecho la custodia de su nieta, no en virtud de una solicitud que nunca hizo, sino porque el defensor de familia le entregó la niña, pese a que se le había informado la situación de maltrato de la menor, por lo que obró con total indolencia y no abrió la investigación correspondiente, ni dispuso una medida de protección como era su deber, desacatando lo señalado en el artículo 37 del Código del Menor.
- La menor falleció el 7 de abril de 2006 víctima de homicidio causado por su madre y su compañero sentimental, lo que ocurrió diez meses después de que la trabajadora social del Hospital de Occidente de Kennedy, hiciera entrega de la menor al defensor de familia y este omitió tomar alguna medida de protección con el argumento de que estaba al cuidado de la abuela.
- Si en gracia de discusión se aceptara que dicho concepto no le fue entregado al Defensor de Familia, es irrelevante pues antes de que la psicóloga entrevistara a Susana Ballesteros, la abuela de la menor, la trabajadora social del Hospital de Kennedy puso en conocimiento de Ortega Ruales la situación en que se encontraba la menor, quien solicitó medida de protección inmediata y que éste la recibió personalmente por lo que le hizo entrega de la documentación y le dijo que «por favor tuviera en cuenta lo radicado en dichos escritos, es más se lo dije delante de la abuela de LIZETH a quien le dije: usted me va a perdonar pero yo recibí información que no sé si sea cierta o no, que posiblemente usted fue quien le ocasionó las laceraciones a la menor” y ella me respondió que no que como se me ocurre, pero esto se lo dije en presencia del doctor FRANCISCO, a quien recomendé especialmente el caso por ser muy delicado, y él me dijo “ahí miramos voy a revisar el caso” y yo le pregunté dejó la niña con la abuela aquí en el centro zonal y el respondió que sí...”».
- El testimonio de la trabajadora social fue corroborado por el de Susana Ballesteros, la abuela de la menor, quien afirmó que fueron atendidas por el Defensor de Familia Francisco Ortega Ruales y que la trabajadora social, en



frente de ella, le explicó el caso al dr. Ruales, y quien recibió la documentación de la niña. Además, que el defensor le indicó que lo esperara un momento y luego le dijo que él no le podía dar protección porque la tenía a ella como abuela y después la mandó con la sicóloga.

- Si el defensor de familia hubiese observado una conducta de básica diligencia, habría dispuesto la apertura de la investigación de forma inmediata, pues como ya quedó señalado, además de lo que la trabajadora social le manifestó las evidencias del maltrato eran visibles exteriormente y por tanto era inexcusable ignorarlas sobre todo tratándose de una persona de su experiencia.
- Aun sin concepto de la psicóloga, el defensor de familia debió abrir inmediatamente la investigación con arreglo a lo señalado en el artículo 37 del Decreto 2737 de 1989 y disponer de las medidas de protección correspondientes. Que si así hubiese ocurrido la probabilidad de que hubiera fallecido la niña era otra.
- La suspensión en el ejercicio del cargo surtió efectos desde la misma fecha de su notificación y que no es cierto que el demandante trabajó hasta el 15 de junio de 2007, pues como el mismo lo reconoce al reclamar los perjuicios materiales que se le habrían causado entre el 1.º de junio al 30 de junio de 2007. Además que la acción de tutela que interpuso fue desestimada en las dos instancias.

Propuso la excepción «**Inexistencia de causal alguna que haga procedente la declaratoria de nulidad solicitada**». Dijo que las diligencias disciplinarias adelantadas por esa entidad, contra el demandante se surtieron con sujeción a la Ley 734 de 2002, y con el respeto al debido proceso, sin que se incurra en ninguno de los vicios señalados por el accionante. Que el defensor de familia al conocer de la situación por la que atravesaba la menor debió cumplir el mandato contenido en el artículo 37 del Decreto 2737 de 1986, sin embargo, actuando de forma indolente, recibió la información de la trabajadora social, pese a lo cual no abrió investigación alguna y que no puede aceptarse que se excuse en que como no recibió el concepto



del equipo interdisciplinario entonces no abrió la investigación del caso, afirmación que desconoce que es él quien debe tomar las decisiones de la defensoría de familia, por cuanto los conceptos técnicos interdisciplinarios ni siquiera vinculan sino que son elementos de ayuda en la toma de las decisiones de los defensores, por lo que este constituye un argumento débil para declarar la nulidad de las resoluciones señaladas.

Precisó que no resulta seria la afirmación de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estaba interesado en sancionarlo e virtud de su calidad política pues la forma en que sucedieron los hechos muestra la irrelevancia de tal aseveración.

2.5. Alegatos de conclusión

Ninguna de las partes de pronunció en esta etapa procesal.

2.6. Concepto del Ministerio Público²³

El Ministerio Público emitió concepto en el proceso de la referencia, en el que solicitó negar las súplicas de la demanda, al considerar que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados.

En cuanto a la tipicidad señaló que el único cargo que se le atribuyó al demandante en su condición de defensor de familia del centro zonal del ICBF Kennedy, consistió en que el 30 de junio de 2005 se abstuvo de disponer el trámite de protección a favor de la menor de edad, quien fue puesta a su disposición por remisión del Hospital de Kennedy por evidente maltrato infantil físico y negligencia, con desnutrición crónica y «gingivoestomatitis». Que por esto violó los artículos 6, 44, 123 y 277 de la Constitución Política; los numerales 1.º, 2.º del artículo 34 y numeral 7.º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 29, 36 y 37 del Decreto 2737 de 1989.

Que se le endilgó el incumplimiento de un deber propio de su cargo, por lo que estaba

²³ Folios 194 y s.s. del cuaderno 3 del expediente.



incurso en una falta grave bajo la modalidad de culpa por negligencia. Precisó además lo siguiente:

- Para la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF, el investigado tuvo conocimiento personal sobre la situación de la menor y de los documentos que soportan la decisión del Hospital de Kennedy de poner a disposición del ICBF a la niña para solicitar protección.
- En el expediente disciplinario obra un documento en el que la trabajadora social del hospital señaló la anterior situación al evidenciar maltrato físico y negligencia, por lo que anexó copia de los documentos, citas, valoración y epicrisis, los cuales fueron recibidos el 30 de junio de 2005 donde decía que pasaba a reparto, en defensoría infantil.
- Como diagnóstico en la epicrisis se encuentra: maltrato infantil, desnutrición crónica, «gingivoestomatitis», entre otros, los que junto con la declaración de la trabajadora social fueron puestos en conocimiento del investigado. A quien se le solicitó que tuviera en cuenta lo radicado en dichos escritos.
- En la decisión de primera instancia se señaló que resultaba irrelevante si la psicóloga había entregado o no los documentos al demandante, por cuanto este tuvo conocimiento previo de la situación de la menor, por lo que no necesitaba que se le remitiera ahora el concepto, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2737 de 1989, que dispone que de manera inmediata al conocimiento del hecho el defensor de familia debe abrir la investigación y ordenar la práctica de las pruebas y diligencias tendentes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono de la menor.
- Interpretar la situación en sentido contrario daría a entender que solo los profesionales del equipo interdisciplinario son quienes deben direccionar los casos y tomar las decisiones respecto de los menores, limitando la atribución legal otorgada al defensor de familia.



- Que la confianza depositada en el defensor de familia hace que el reproche por el incumplimiento de la Constitución o la ley, sea más representativo que cuando se trata de otros funcionarios con menores responsabilidades, como lo señala el artículo 43, numeral 4.º de la Ley 734 de 2002, que se dota a estos cargos de un mayor grado de exigencia en razón al mayor grado de responsabilidad que les asiste.
- En cuanto al análisis de culpabilidad dijo que el comportamiento omisivo reprochado al defensor de familia no estuvo dirigido por el propósito de realizar actuación alguna; que no se evidenció intencionalidad en su conducta; sino que le faltó voluntad para decidir, es decir, dejó de realizar una determinada conducta a la cual estaba jurídicamente obligado; la ejecutó sin la diligencia necesaria para evitar la producción de un resultado que no se quería.
- La autoridad disciplinaria realizó una valoración adecuada de las pruebas testimoniales y no puede restársele credibilidad a los testigos porque el disciplinado, hoy demandante considere que la psicóloga pudo haber incurrido en algún tipo de omisión en el trámite que adelantó con la menor; además en este caso la sicóloga valoró a la menor y verbalmente puso en conocimiento del actor la situación; que no puede dejar de tenerse en cuenta que la trabajadora social del Hospital habló personalmente con el defensor de familia y le expuso el caso, incluso le entregó los documentos de la epicrisis y el actor, vio el estado físico en el que se encontraba la bebé y aun así optó por no tomar la medida de protección que era de su competencia.
- El único funcionario que podía tomar la decisión de otorgar la medida de protección era el investigado según el artículo 37 del Código del Menor; que por esto podía prevenir, amonestar a los padres o a las personas de quien dependía; la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlo; la colocación familiar, la atención integral en un centro de protección especial y cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas



o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.

- La custodia por parte de la abuela no era una medida adecuada.
- La Resolución 049 de 2002 señala que el defensor de familia, antes de pronunciarse deberá oír el concepto de los profesionales que hacen parte del equipo técnico del centro zonal del ICBF o de la respectiva regional y entrevistará al menor sujeto de la protección con el objeto de obtener la mayor certeza sobre las circunstancias que lo rodean y la medida más aconsejable para su protección que en este caso, para la época de los hechos, la única funcionaria del equipo técnico del centro zonal que se encontraba presente era la psicóloga que realizó la labor; que conociendo dicha situación el defensor de familia no tomó las medidas del caso y a pesar de que tuvo a su mano la epicrisis de la menor, a la menor y habló con la trabajadora social del hospital a quien le expuso los hechos y le pidió que tomara la medida de protección éste consideró que ello no era procedente y le manifestó a la abuela de la menor que era un caso de custodia.
- La tipicidad sí se encuentra ajustada a la conducta que le fue probada al actor por la autoridad disciplinaria, que corresponde a una falta grave de las descritas en los numerales 1.º y 2.º del artículo 34 numeral 7.º del artículo 35 de la Ley 743 de 2002, en concordancia con los artículos 29, 36 y 37 del Decreto 2737 de 1989 y en este caso se le probó al demandante en el proceso disciplinario haber incurrido en las faltas que le fueron endilgadas en la modalidad culposa por negligencia en el cumplimiento de sus deberes ante una situación crítica de una menor, cuyo deceso en manos de su progenitora y el padrastro ocurrió meses después, lo que exigía una atención oportuna y podrían haber impedido el maltrato, la desnutrición de la bebé y su muerte.

Respecto de los criterios para la graduación de la sanción se observa que en los fallos disciplinarios la entidad motivó suficientemente la decisión, por lo que tuvo en cuenta el grado de culpabilidad, la naturaleza del servicio, los efectos de su falta y las condiciones personales del infractor, tales como la categoría del cargo, la naturaleza



de sus funciones y el grado de instrucción para el desempeño del cargo; que «la sanción resultó más que proporcional y razonable por una omisión tan lamentable».

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente esta Subsección para decidir dentro del proceso del epígrafe, conforme con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 128 del C.C.A.

3.2. Excepciones

La apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar propuso la excepción «inexistencia de causal alguna que haga procedente la declaratoria de nulidad solicitada» la cual, aprecia la Sala, que no constituye medio exceptivo alguno, sino que constituye un argumento de defensa de la entidad, por lo que así habrá de ser analizado.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si las decisiones que sancionaron disciplinariamente al demandante deben ser anuladas, por incurrir en: (i) error en la adecuación típica por defectuosa valoración probatoria y desconocimiento del procedimiento señalado en la Resolución 049 de 2002; (ii) error en la culpabilidad atribuida al señor Francisco Efrén Ortega Rúaless, (iii) violación del principio de presunción de inocencia, (iv) error en la determinación de proporcionalidad de la sanción, o si deben permanecer en el ordenamiento jurídico por ajustarse a la legalidad.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá al (i) control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de carácter disciplinario, (ii) realizará una breve síntesis del proceso disciplinario adelantado al señor Francisco Efrén Ortega Ruales para analizar los cargos propuestos y procederá a la resolución del caso.



3.3.1. El juez administrativo y los actos administrativos de carácter disciplinario

Es necesario resaltar que de conformidad con la sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016²⁴ proferida por la Sala Plena de esta Corporación, el control que debe ejercer el juez administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario, debe ser un control integral; en la medida en que la actividad de este juez «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales»²⁵.

Ese juicio integral supone en cuanto a las causales de nulidad, que el juez, en virtud de la primacía del derecho sustancial, puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de optimizar la tutela judicial efectiva.

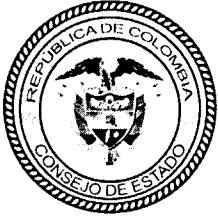
Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el disciplinario, lo habilita para estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

Con relación con los principios rectores de la ley disciplinaria, lo faculta para examinar el estricto cumplimiento de todos y cada y uno de ellos dentro la actuación sancionatoria²⁶.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de agosto de 2016, radicado 1220-2011, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz, demandada: Nación, Procuraduría General de la Nación.

²⁵ Lo anterior supone tal como se considera en esta decisión, que «1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva».

²⁶ Ley 734 de 2002 en los artículos 4 a 21 contempla los principios de legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad,



Acerca del principio de proporcionalidad, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez puede, según lo ordenan el artículo 170 del CCA²⁷ y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA²⁸, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas²⁹

En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la misma, al punto que si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.

3.4. Breve síntesis del proceso disciplinario adelantado en contra del señor Francisco Efrén Ortega Ruales.

(i) **La indagación preliminar:** Por auto de 17 de abril de 2006³⁰ la oficina de control interno disciplinario ordenó la apertura de la indagación preliminar en «AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES» por las posibles irregularidades en que

motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

²⁷ Artículo 170 del CCA modificado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989. «Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas».

²⁸ Artículo 187 inciso 3 del CPACA. «Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas».

²⁹ La sentencia de unificación al respecto determina que «El juez de lo contencioso administrativo está facultado para realizar un “control positivo”, capaz de sustituir la decisión adoptada por la administración, lo que permite hablar de “[...] un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito.[...]”, lo cual permite afirmar que “[...] el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal [...]”». Ahora bien, cuando el particular demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo hace en defensa de sus intereses y no de la ley. En consecuencia, el juez debe atender la realidad detrás del juicio disciplinario administrativo puesto que “[...] si la esfera subjetiva se torna en centro de gravedad, el interés del particular adquiere un protagonismo que la ley no ha querido obviar, elevando al grado de pretensión, junto con la anulatoria, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”».

³⁰ Ff. 31 y s.s. Cdno. 1.



hubiere podido incurrir el equipo de Protección del Centro Zonal Kennedy, en el caso de los menores de edad, hijos de la señora Janeth Patricia Ballesteros, especialmente lo relacionado con el fallecimiento de la menor de 2 de años de edad de quien se desconoce su nombre. Esto por los siguientes hechos:

Se indicó que el 17 de abril de 2006, se recibió en esta Oficina el Acta de Visita realizada por algunas servidoras del ICBF, Regional Bogotá³¹, que realizaron visita al lugar de la residencia de la niña [EDB], hija de JANETH PATRICIA BALLESTEROS, quien se encontraba en estado de desprotección desde el 7 de abril de ese año, porque su madre fue capturada por el CTI por el supuesto homicidio de su hija de dos años de edad; así como su padre Fabián Leonardo Rey.

(ii) Se recibieron las declaraciones de Edna Niño Vargas, Mary Opina Gutiérrez, Luz Esmeralda Aguirre Gallo, Doris Niño Cubaque, Ana Brigette de los Ríos, Paola Enith Vásquez González, Francisco Ortega Ruales, funcionarias del Centro Zonal Kennedy del ICBF en Kennedy; Martha Lucía Barragán, Susana Ballesteros Vargas, Sandra Corzo Pérez.

(iii) A través de providencia de 5 de mayo de 2006³² la Oficina de Control Interno Disciplinario Interno, ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en contra Francisco Efrén Ortega Ruales, en su condición de defensor de familia en el Centro Zonal Kennedy del ICBF Regional Bogotá, código 3125, grado 18; decretó algunas pruebas, la notificación de dicha providencia al encartado y escuchar en versión libre y espontánea a Francisco Efrén Ortega Ruales.

(iv) El señor Ortega Ruales, rindió versión libre ante la oficina de control interno disciplinario el 30 de mayo de 2006³³.

³¹ Edna Niño Vargas de la Oficina de Atención al Ciudadano, Mary Ospina Gutiérrez, Psicóloga; Esmeralda Aguirre Gallo Trabajadora Social y Doris Niño Cubaque, Defensora de Familia del Centro Zonal Kennedy de la misma Regional

³² Ff.43 y s.s. Cdo. 1.

³³ Ff. 77 y s.s. Cdo. 1.



(v) Mediante providencia de 14 de junio de 2006 se decretaron las pruebas solicitadas por el disciplinado³⁴.

(vi) Por auto de 18 de septiembre de 2006 se decidió por parte del instructor del proceso disciplinario formular pliego de cargos en contra del señor Ortega Ruales³⁵.

(vii) El disciplinado rindió descargos a través de escrito de 27 de septiembre de 2006³⁶.

(viii) **Fallo disciplinario de primera instancia³⁷.** Finalmente la Oficina de Control Interno Disciplinario a través de decisión de 9 de febrero de 2007, sancionó al señor Francisco Efrén Ortega Ruales con sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por dos meses.

(ix) **Contenido del pliego de cargos y decisión disciplinaria:**

PLIEGO DE CARGOS 18 de septiembre de 2006	DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Providencia de 9 de febrero de 2007
<p>El cargo endilgado fue el siguiente: «[...]FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUALES, en su calidad de Defensor de Familia del Centro Zonal Kennedy de la Regional Bogotá del ICBF, el día 30 de junio de 2005, se abstuvo de disponer el trámite de protección a favor de la menor de edad [JLB], quien fue puesta a su disposición por remisión del Hospital de Kennedy "por evidente maltrato infantil, físico y negligencia, con desnutrición crónica y gingivo estomatitis".</p> <p>Conducta con la que incurrió en la violación de las siguientes normas: Constitución Política de Colombia, Artículos 6.º, 44 y 123; Ley 734 de 2002 artículos 34 numerales 1.º y 2.º Artículo 35 numeral 7.º; Código del menor artículos 29, 36, 37, 277 numeral 5.º</p> <p>Se indicó que « Con esta omisión incumplió el deber de diligencia e el servicio que le estaba encomendado, al no haber</p>	<p>CARGO ÚNICO.</p> <p>«[...]FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUALES, en su calidad de Defensor de Familia del Centro Zonal Kennedy de la Regional Bogotá del ICBF, el día 30 de junio de 2005, se abstuvo de disponer el trámite de protección a favor de la menor de edad [JLB],, quien fue puesta a su disposición por remisión del Hospital de Kennedy "por evidente maltrato infantil, físico y negligencia, con desnutrición crónica y gingivo estomatitis".</p> <p>Conducta con la que incurrió en la violación de las siguientes normas: Constitución Política de Colombia, Artículos 6.º, 44 y 123; Ley 734 de 2002 artículos 34 numerales 1.º y 2.º Artículo 35 numeral 7.º; Código del menor artículos 29, 36, 37, 277 numeral 5.º La falta fue calificada como grave a título de culpa».</p>

³⁴ F. 93 y s.s.

³⁵ Ff. 125 s.s. Ibidem.

³⁶ Ff. 135 y s.s. Ibidem

³⁷ F.f. 194 y s.s. Ibidem



despachado diligentemente un asunto a su cargo, que en este caso se concretaba en la apertura del procedimiento de protección de la menor puesta su disposición y la adopción de las medidas de protección correspondientes».

La falta fue calificada como grave a título de culpa.

Consideró que de acuerdo con el numeral 4.º del artículo 30 del código del menor, la situación de la niña remitida por el Hospital de Kennedy tendría que haber sido calificada como de abandono o de peligro, lo que no aconteció por la negligencia y falta de diligencia con que el investigado procedió, quien además se abstuvo de examinar y analizar detenidamente la documentación que personalmente le fue puesta a su disposición por la trabajadora social del hospital de Kennedy.

Que contrario a las consideraciones del disciplinado, el comportamiento que asumió el 30 de junio de 2005 fue violatorio del deber funcional que le asistía como Defensor de Familia, cargo que ostentaba al momento de los hechos, dando lugar para que su conducta tipificara la ilicitud sustancial consagrada en como principio rector en el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002, al omitir disponer el trámite de protección a la menor JLB., Dando lugar para que se constituyera falta disciplinaria.

Por lo anterior se dispuso :

«PRIMERO: Declarar probado y no desvirtuado el cargo único formulado al servidor público FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUÁLES, identificado con la cédula de ciudadanía número 12.963.908 de Pasto, en su condición de Defensor de Familia, Código 3125 grado 18 del Centro Zonal Kennedy de la Regional ICBF BOGOTÁ, en desarrollo del Proceso Disciplinario No. 083/06 y como consecuencia de ello declararlo disciplinariamente responsable.

SEGUNDO.- Imponer al servidor público FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUÁLES, [...] la sanción consistente en SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TÉRMINO DE DOS (02) MESES».³⁸

(x) La apelación. El disciplinado presentó recurso de apelación³⁹.

(xi) La decisión de segunda instancia⁴⁰

La directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de Resolución 0877 de 2 de mayo de 2007 resolvió el recurso de apelación, para lo cual decidió «Confirmar el fallo del 9 de febrero de 2007, proferido por la Oficina de Control

³⁸ Ff. 209 Cdno. 1

³⁹ Ff. 217 y s.s. Ibidem

⁴⁰ Ff. 228 y s.s. Ibidem



Interno Disciplinario, dentro del proceso disciplinario identificado con el número ID – 083-06, en el sentido de declarar disciplinariamente responsable al doctor FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUALES, defensor de familia de la regional Bogotá, adscrito al Centro Zonal Kennedy», «Modificar el numeral segundo [...] en el sentido de imponer como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un (1) mes, por encontrarlo disciplinariamente responsable de la falta grave endilgada».

3.5. Del caso concreto

3.5.1. Cargos primero y segundo. A efectos de resolver los cargos planteados por la parte demandante, se advierte que los dos primeros, referidos a (i) **Desconocimiento del procedimiento establecido en el artículo 5.º de la Resolución 049 de 2002, proferida por la Dirección Regional Bogotá del ICBF, reglamentaria del artículo 38 del parcialmente derogado Código del Menor** y (ii) **error en la valoración probatoria**, se dirigen a demostrar que la conducta disciplinaria atribuida al demandante no se configuró por lo que la Sala abordará a este efecto, el análisis de los elementos **tipicidad y adecuación de la conducta** y lo contrastará con los elementos de prueba para verificar si se configuraron los cargos señalados, que se estudiarán en un solo numeral.

3.5.1.1. De la tipicidad y el juicio de adecuación típica en materia disciplinaria

En lo que se refiere a la tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse



el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos⁴¹.

Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria disponen de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

Respecto del proceso de subsunción típica de la conducta de quien es sometido a un proceso administrativo disciplinario, ha sostenido esta Corporación que este constituye uno de los componentes de la legalidad de las actuaciones de la autoridad disciplinaria, pues se encamina a establecer si una determinada situación fáctica encuadra dentro de los presupuestos señalados en la ley. Se ha considerado, entonces, como uno de los presupuestos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya indebida realización impide la estructuración de un acto administrativo sancionatorio ajustado a derecho⁴²:

«El proceso de subsunción típica –o adecuación típica- de la conducta, entendido como la secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la ley escrita, es una de las piezas indispensables de todo acto que manifieste el poder represor del Estado, y por lo mismo uno de los pre-requisitos necesarios de la legalidad y juridicidad de toda sanción. En la asociación expresa y razonada entre la norma y el hecho, en el encaje motivado de la realidad bajo las definiciones y conceptos de la legislación, radica también una de las garantías centrales del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, ya que es en dicho proceso de subsunción típica expresa de la conducta que el Estado le señala al procesado y a la sociedad, elemento por elemento, porqué su comportamiento violó la ley. La subsunción

⁴¹ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis

⁴² Así lo expresó la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación en la sentencia de 26 de marzo de 2014, radicación número: 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13), Demandante: Fabio Alonso Salazar Jaramillo, demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

También puede verse la sentencia de 4 de octubre de 2018, radicado número: 11001-03-25-000-2012-00030-00(0135-12), Demandante: Esneyder Alejandro Parrado Agudelo, demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Magistrado Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.



típica es, en suma, uno de los pasos indispensables en el proceso de aplicación de la ley, cuya omisión o indebida realización impiden la estructuración de un acto jurídico sancionatorio conforme a Derecho y le hacen derivar en una vía de hecho de la autoridad.

[...]

La obligatoriedad de realizar un proceso de subsunción típica en cada proceso disciplinario encuentra una consagración legal en el artículo 4 del CDU, de conformidad con el cual “[e]l servidor público y el particular en los casos previstos en este Código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por **comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente** al momento de su realización” [subraya la Sala]. La expresión resaltada implica que el operador disciplinario debe determinar expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, tal y como haya quedado demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica contenida en la ley que se le va a aplicar»⁴³.

En el *sub judice*, afirmó el demandante que no se tuvieron en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y por cuanto se desconoció el procedimiento señalado en el artículo 5.º de la Resolución 049 de 2002, proferida por la Dirección Regional Bogotá del ICBF, reglamentaria del artículo 38 del parcialmente derogado Código del Menor.

Ahora bien, se advierte que dentro del proceso disciplinario la conducta atribuida en el pliego de cargos y por la cual se la sancionó en el proceso disciplinario fue la siguiente:

«De acuerdo con las pruebas allegadas al presente proceso y las decretadas y practicadas en la indagación preliminar como antecedentes para haber decretado la apertura de la investigación disciplinaria mediante providencia del 5 de mayo de 2006 y debidamente incorporadas a la actuación, se investiga la conducta del doctor FRANCISCO EFRÉN ORTEGA RUALES Defensor de Familia Código 3125 Grado 18 del Centro Zonal Kennedy del ICBF Regional Bogotá, quien al parecer habría sido negligente en la atención del caso relacionado con la menor [JLB],, puesta a disposición de la entidad por el Hospital de Kennedy, sin que hubiera tomado las medidas tendientes (sic) a su protección»⁴⁴

⁴³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de marzo de 2014, radicación número: 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13), Demandante: Fabio Alonso Salazar Jaramillo, demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴⁴ F. 120 cdn. 1.



Por lo anterior se le endilgó la incursión en el desconocimiento de las siguientes normas que consagran los deberes y las prohibiciones de los servidores públicos y con ello, el desconocimiento de los artículos 6.^o⁴⁵, 44⁴⁶ y 123⁴⁷ de la Constitución política, pero específicamente de la Ley 734 de 2002, el artículo 34 numerales 1.^o y 2.^o, norma que dispone:

« **ARTÍCULO 34. DEBERES.** Son deberes de todo servidor público:

[...]

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.»

⁴⁵ **ARTICULO 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁶ «**ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.»

⁴⁷ «**ARTICULO 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»



(Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030-12 de la de 1o. de febrero de 2012, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).

Igualmente, el Artículo 35 numeral 7.º, que establece:

« **ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES.** A todo servidor público le está prohibido:

[...]

7. Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

[...].»

Normas estas que remiten al contenido del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989⁴⁸, en sus artículos 29, 36, 37, 277 numeral 5.º, los cuales prevén:

«**ARTÍCULO 29.** El menor que se encuentre en algunas de las situaciones irregulares definidas en este Título, estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el presente Código.»

«**ARTÍCULO 36.** Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones.»

«**ARTÍCULO 37.** El Defensor de Familia, de manera inmediata al conocimiento del hecho, abrirá la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor. En el mismo auto podrá adoptar, de manera provisional, las medidas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 57. Las diligencias y la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de la investigación, deberán ejecutarse dentro de un plazo máximo de veinte (20) días.

En el auto de apertura de la investigación ordenará la citación de quienes, de acuerdo con la Ley, deban asumir el cuidado personal de la crianza y educación del menor, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, si se conociere su identidad y residencia.

PARÁGRAFO. Si como resultado de la investigación se estableciere que el menor ha sido sujeto pasivo de un delito, el Defensor de Familia formulará la denuncia penal respectiva ante el juez competente.»

⁴⁸ Previa derogatoria introducida por la Ley 1098 de 2006. «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», «a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes», que entró a regir a partir del 8 de mayo de 2007.



«**ARTÍCULO 277.** El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

[...]

5. Conocer y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares establecidas en este Código.»

Ahora bien, el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, indica que son faltas graves y leves, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. En este caso el incumplimiento de deberes, es una norma en blanco, que nos remite necesariamente al reglamento específico, establecido en el Código del menor, Decreto 2737 de 1989⁴⁹, norma aplicable al caso, que se encontraba vigente a la ocurrencia de los hechos, y que le exigía, en su condición de defensor de familia, al momento del conocimiento del hecho:

- (i) **abrir de manera inmediata la investigación** por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor y
- (ii) **la adopción, de manera provisional, de las medidas** a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 57⁵⁰ del Decreto 2737 de 1989.

⁴⁹ **Previa derogatoria introducida por la Ley 1098 de 2006.** «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», «a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes», que entró a regir a partir del 8 de mayo de 2007.

⁵⁰ «**ARTÍCULO 57.** <Artículo derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

1. La prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa.
2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.
3. La colocación familiar.
4. La atención integral en un Centro de Protección Especial.
5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.
6. Cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.

PARÁGRAFO 1o. El Defensor de Familia podrá, al aplicar alguna de las medidas anteriores y sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes, **fijar una cuota mensual con la cual los padres o las personas de quienes el menor dependa contribuirán al sostenimiento de éste mientras se encuentre bajo una medida de protección.**



Ahora bien, **los verbos rectores** de esta conducta son «abrir» y «adoptar».

Según el diccionario de la lengua española, «abrir» se *define como*:

«[...]»

15.

tr. Dar principio a las tareas, ejercicios o negocios propios de instituciones o establecimientos políticos, administrativos, científicos, literarios, artísticos, comerciales o industriales. Abrir las Cortes, la Universidad, un teatro, un café.

16. tr. Comenzar ciertas cosas o darles principio, inaugurar. Abrir la campaña, el curso, la sesión».

Por su parte, adoptar proviene del latín «*adoptāre*» que significa:

«[...]»

4. tr. Tomar resoluciones o acuerdos con previo examen o deliberación.

5. tr. Adquirir, recibir una configuración determinada. *El camaleón adopta el color de su entorno.*»

- **Existencia de sujeto activo calificado.** En este caso el artículo 277 del código del menor impone al Defensor de Familia conocer y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares y se demostró dentro del proceso disciplinario que el señor Francisco Efrén Ortega Ruales se desempeñó como defensor de familia, código 3125, grado 18, de la Regional del ICBF de Bogotá, Centro Zonal Kennedy⁵¹.
- **Desarrollo del caso frente a la determinación del menor en situación irregular.**

Frente a este elemento la Oficina de Control Interno Disciplinario, en providencia de 9 de febrero de 2007 que impuso la sanción que acá se cuestiona, estableció que el comportamiento asumido por el servidor público el 30 de junio de 2005 fue

PARÁGRAFO 2o. El Defensor de Familia podrá imponer al menor, con cualquiera de las medidas de protección, el cumplimiento de alguna de las reglas de conducta de que trata el artículo 206 del presente Código.»

⁵¹ Ff. 66 y s.s. Cdno. 1.



violatorio del deber funcional que le asistía como defensor de familia al omitir disponer el trámite de protección a la niña JLB, dando lugar para que se constituyera la falta disciplinaria⁵².

Al respecto, señala el demandante que no se tuvo en cuenta que la Resolución 049 de 2002, proferida por la Dirección Regional Bogotá del ICBF, que obliga a los integrantes del equipo interdisciplinario, a cargo del defensor de familia, a abrir la historia socio familiar, emitir los respectivos conceptos (cada miembro del equipo interdisciplinario) y ponerlos en conocimiento del defensor de familia, por cuanto se requiere la intervención de profesionales con conocimientos especializados, tal como señala el Código del Menor en su artículo 38. Esto a efectos de que el defensor de familia pueda establecer la situación de abandono o peligro físico o moral en que se encuentra el menor y dicta la medida de protección provisional.

Además, indicó que **(i)** el fallo sancionatorio se apoyó en el testimonio de la psicóloga, quien no se ciñó al procedimiento señalado y entregó la niña sin la anuencia del defensor de familia; **(ii)** que no hay prueba acerca de que él la haya entregado a la abuela; que no se tuvo en cuenta que las declarantes perseguían su propia defensa y no se aplicaron los principios de la sana crítica del artículo 141 de la Ley 734 de 2002, **(iii)** no se tuvo en cuenta las declaraciones de la jefe inmediata del demandante, coordinadora del Centro Zonal Kennedy, Nelly Olarte Ariza, ni de la coordinadora del Grupo de la Asistencia Técnica de la Administración Regional del ICBF Carmen Tulia Medina, ni de la jefe de adopciones de la administración central Beatriz Helena Guzmán, ni los testimonios de las integrantes del equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia incluida la misma psicóloga Luz Esmeralda Aguirre, trabajadora social, Martha Rocha, la nutricionista y la misma sicóloga; **(iv)** que tanto en la valoración de las pruebas, como en los procedimientos y las circunstancias en las que sucedieron los hechos no se aplicó en favor del defensor investigado el beneficio de la duda y la presunción de inocencia y **(v)** que no existe relación de causalidad entre la muerte de la niña y la responsabilidad del defensor de familia.

⁵² F. 203 Cdo. 1.



Al verificar el **fallo de primera instancia** proferido por la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF se tiene que este se basó en la declaración juramentada de la señora Susana Ballesteros Vargas (abuela de la menor); la declaración de la señora Sandra Corzo Pérez trabajadora social del Hospital de Kennedy; la declaración juramentada rendida por la Psicóloga del Centro Zonal Kennedy Paola Enith Vázquez; informe suscrito por la misma trabajadora Social Sandra Corzo; la declaración de la Coordinadora del Centro Zonal Kennedy (f. 199 Cdo. 1). Al efecto estableció la autoridad disciplinaria:

- Que se pudo comprobar que al investigado, como defensor de familia del centro zonal Kennedy del ICBF Regional Bogotá, y como miembro del equipo de protección No. 2, el 30 de junio de 2005 le fue puesta a su disposición la menor de edad JLB por parte de la trabajadora social del Hospital de Kennedy, quien según su testimonio manifestó que en vista del lamentable estado de salud que presentaba la niña (desnutrición crónica, maltrato físico y negligencia de sus familiares) y por considerar que el caso ameritaba medida de protección inmediata, acudió de manera personal al centro zonal Kennedy, en donde fue atendida por el defensor de familia a quien le entregó personalmente la documentación correspondiente, señalándole que era posible además que la abuela era quien le ocasionaba las lesiones.
- Dicho testimonio contrastado con el de Susana Ballesteros corroboraban las circunstancias en que ocurrieron los hechos, por lo que se les otorgaba la mayor credibilidad, extractándose de ellos que el disciplinado tuvo conocimiento personal sobre la situación de la menor JLB, por parte de la trabajadora social y los documentos que ésta aportó⁵³ entre ellos, la epicrisis que indica maltrato infantil, desnutrición crónica, gingivoestomatitis. Que la trabajadora solicitó al investigado que tuviera en cuenta lo señalado en dichos escritos.

⁵³ Medicamentos, citas, valoración, medicamentos, epicrisis, los que tiene fecha de recibido 30 de junio de 2005.

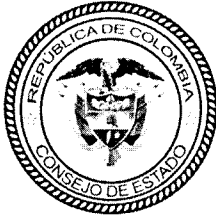


- Que era irrelevante si la psicóloga Paola Enith Vásquez hizo entrega o no de los documentos al defensor de familia, esto por cuanto él ya tenía conocimiento de la situación de la menor.
- Que en relación con el procedimiento contenido en la Resolución 049 de 25 de enero de 2002, por la cual se establecen los lineamientos para la prestación del servicio de protección en la Regional ICBF Bogotá, se tiene que si bien la historia socio familiar debe ser abierta por un profesional de trabajo social y asignarle el número respectivo, ello no obsta para que el Defensor adopte la decisión de abrir la correspondiente investigación de protección y tomar las medidas provisionales necesarias, cuando como en este caso tiene conocimiento directo de una situación de abandono y/o de peligro en que pueda estar un menor⁵⁴.

Consideró la primera instancia disciplinaria que el error de apreciación en que puso incurrió la psicóloga, no podía excusar el comportamiento del Defensor de Familia quien había tenido conocimiento de la situación en que llegó la menor, advertido directamente por la trabajadora social del Hospital de Kennedy, de donde venía remitida la menor. Y que en este caso la situación de la menor debió ser calificada como de abandono o peligro, por tanto, el comportamiento asumido por el servidor público el 30 de junio de 2005, fue violatorio del deber funcional que le asistía como defensor de familia, cargo que ostentaba al momento de los hechos, al omitir disponer el trámite de protección a la hoy fallecida JLB.

El recurso de apelación. Tuvo como fundamento que a la niña no se le negó el servicio, por cuanto lo que hizo el defensor de familia fue remitirla para que la atendiera y diagnosticara la funcionaria en cumplimiento de sus funciones; que la niña no estaba en situación de abandono o peligro ya que dicha situación había sido mitigada con la atención que se le brindó en el Hospital de Kennedy; que por ello debía definírsele la custodia; que la psicóloga calificó las diligencias como preliminares y fue quien señaló que el asunto era de determinación de custodia.

⁵⁴ F. 198 y 199 Cdo. 1



Además que « la niña [...] no falleció como consecuencia inmediata de no haberle prestado oportuna protección»⁵⁵. Que existía interés en sancionarlo al ser representante a la comisión de personal de los servidores públicos del ICBF, lo que se evidenció en la falta de valoración de las pruebas y el desconocimiento del procedimiento que adelanta un defensor de familia.

Segunda instancia. A través de la Resolución 0877 de 2 de mayo de 2007 se tiene que la Directora General del ICBF, confirmó parcialmente la decisión de primera instancia, modificándola únicamente para disminuir la sanción. Al efecto aclaró que no se reprochó al funcionario el homicidio de la menor, sino la omisión en disponer una medida de protección; por tanto lo que se juzgaba era la comisión por omisión, al no desplegar la obligación que le imponía la norma al tenor de lo señalado por el artículo 123 constitucional. Indicó que la conducta a seguir era la de haber revisado la actuación y tomar una determinación, ante la evidencia de maltrato físico y negligencia, desnutrición crónica, gingivo-estomatitis, hematomas, moretones y quemaduras, por lo que se le reprochaba al defensor que siendo el director del proceso era a él a quien le correspondía tomar las medidas. Pero pese a la información no se verificó nada acerca del posible maltrato. En cuanto a la tasación de la sanción, atendiendo a que el implicado no registraba antecedentes disciplinarios y había desplegado una importante actividad en el desempeño de su cargo, consideró que debía imponerse la sanción mínima del artículo 46, para la falta grave a título de culpa, con un mes de suspensión.

Análisis de la Sala. Ahora bien, revisado el procedimiento establecido en la Resolución 049 de 25 de enero de 2002⁵⁶, proferida por la Directora del Instituto Regional Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, por la cual se establecen los lineamientos para la prestación del servicio de protección en esa Regional, se tiene que ésta dispone en su artículo 5.º el procedimiento a seguir para la atención de niños, niñas y jóvenes en situación de abandono o peligro físico o moral que lleguen a los centros zonales.

⁵⁵ F. 222 Cdo. 1

⁵⁶ Citada a folios 146 y 147 del cuaderno primero.



Al efecto para la apertura de la historia integral socio familiar, se indica que será abierta por el trabajador social y en su ausencia por otro profesional del área de protección, quién una vez diligenciado la pasara al profesional correspondiente, incluido el defensor de familia. Que allí se deben consignar datos básicos en forma precisa y suficiente, indicando el motivo de ingreso y la información adicional que sea necesaria; se le debe asignar el número consecutivo de la historia integral socio familiar y consignar las circunstancias que rodean el hecho. Señala además que los profesionales del equipo interdisciplinario, para establecer un prediagnóstico, deben emitir un concepto psicosocial y un concepto nutricional, si es del caso, con el fin de que el defensor de familia pueda establecer la situación de abandono o peligro o moral en que se encuentra el niño, niña o joven y, dictar la medida de protección provisional que se puede aplicar al caso. A partir de allí el defensor de familia, de manera inmediata al conocimiento de los hechos abrirá la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas.

Como se advierte de lo anterior, es evidente que no le asiste razón al demandante cuando señala que no podía emitir una orden de protección frente a la menor JLB al estar a la espera del concepto emitido por la psicóloga quien finalmente determinó que se trataba de un caso de custodia. En efecto, no puede ignorarse que el código del menor vigente para la época de los hechos (Decreto 2737 de 1989) señalaba claramente que una vez el defensor de familia tuviera conocimiento de la situación por la que estaba atravesando el menor, de conformidad con el artículo 57 debía disponer inmediatamente la apertura de la investigación y dictar las medidas de protección necesarias.

Adicionalmente, es de vital importancia recordar que la trabajadora social le manifestó personalmente al defensor de familia⁵⁷, y en frente de la abuela de la menor, que la niña se encontraba en una grave situación que le había obligado a permanecer hospitalizada por un largo periodo en el hospital al sufrir maltrato, lesiones físicas,

⁵⁷ Según su declaración visible a folios 41 y 42 Cdno. 1



abandono, desnutrición y además, le advirtió que muy probablemente uno de los maltratadores se trataba de la misma abuela, Susana Ballesteros⁵⁸.

También es de resaltar que la trabajadora social del hospital de Kennedy Sandra Corzo, le llevó al defensor de familia los documentos correspondientes al tratamiento que se le dio a la niña durante su hospitalización, por lo que no quedaba ninguna duda acerca de los padecimientos físicos con los que la menor ingresó al centro hospitalario; así las cosas se tiene que no podía supeditarse la aplicación del Decreto 2737 de 1989 a las reglas establecidas a través de la Resolución 049 de 2002, de una parte por la jerarquía normativa del Decreto 2737, que exigía del defensor de familia dar apertura a la investigación y adoptar las medidas correspondientes ante la gravedad de la situación, por lo que resultaba inane el concepto previo de la psicóloga, comoquiera que Ortega Ruales conocía el estado de la niña JLB y además, el código del menor imponía actuar con celeridad e inmediatez, más aun cuando se le indicó que uno de los agresores podía ser la misma abuela de la menor.

Preocupa además la Sala que el demandante se excuse señalando que solo se enteró del caso de la niña al momento de su deceso, lo que denota la falta de rigurosidad con que se atienden los citados casos esa defensoría del Centro Zonal de Kennedy, todas las piezas probatorias aportadas dan cuenta que el defensor atendió a la abuela y a la trabajadora social del hospital de Kennedy, con lo que se enteró de la situación de la menor y fue él quien le avisó a la trabajadora social que iba a analizar el caso de la niña; sin embargo una vez la trabajadora social abandonó el recinto él mismo le indicó a su abuela que podía llevarse a la menor. Esta versión es corroborada por la misma Susana Ballesteros quién informó que fue el defensor de familia Francisco Ortega Ruales quién le entregó a la niña⁵⁹. Este escenario pone en evidencia la gravedad de las irregularidades en la atención de la menor pues existía certeza del maltrato físico, desnutrición y negligencia del que era objeto, lo que exigía actuar conforme con lo señalado por el Decreto 2737 de 1989 y realizar un riguroso seguimiento a su caso en

⁵⁸ Declaración que obra a folios 36 y 38 del cuaderno primero.

⁵⁹ Ff. 36- 37 Cdno.1



tanto que la misma persona a la que se entregó la niña era, posiblemente, causante del maltrato.

Ahora bien, no escapa a la Sala el acta de reunión de trabajo de la Defensoría de Familia No. 2 del Centro Zonal de Kennedy, que obra a folios 86 y siguientes del expediente cuaderno 1º en el que se lleva a cabo una reunión del equipo interdisciplinario de la Defensoría Segunda de Familia del centro zonal de Kennedy, con la presencia de las señoras Paola Enidth Vázquez, psicóloga; Luz Esmeralda Aguirre, trabajadora social; Martha Patricia Rocha, nutricionista; Marta Lucía Barragán, secretaria y, el defensor de familia, Francisco Ortega Rosales; en dicha acta se trataron varios asuntos atinentes al funcionamiento del equipo de la Defensoría referentes al presunto maltrato del defensor de familia a los integrantes del equipo; las irregularidades en el abordaje de la atención a los usuarios, el seguimiento a los casos de los niños reintegrados, el seguimiento a los asuntos remitidos por las comisarías y los hospitales y el aporte oportuno de los conceptos y comentarios acerca del proceder de los integrantes del equipo.

Es evidente que al interior del citado equipo se gestaba un mal clima laboral, carencia de lineamientos acerca de las competencias de cada miembro del equipo y finalmente, animadversión hacia el defensor de familia, lo que llevó a que se presentaran irregularidades en el seguimiento de los casos allí tratados; de allí se destaca la situación de la trabajadora social de ese centro zonal, frente a su resistencia para atender asuntos que fueran remitidos de los hospitales y de las comisarías, sin considerar que, en algunos de ellos se informó que presuntamente existía maltrato o abuso sexual, ante lo cual existiendo la denuncia se debía investigar de manera preliminar pero la trabajadora social aceptaba que en algunos casos no había realizado esta investigación dado que se le había realizado la solicitud de manera verbal.

Preocupa a la Sala sobremanera el tratamiento que se puede estar presentando al interior de la Defensoría de Familia del centro zonal de Kennedy por el manejo poco profesional dado a los casos que allí se suscitan, teniendo en cuenta que el acta



referida⁶⁰ hace mención a varios menores, diferentes al núcleo familiar de JLB, en donde se evidencia la renuencia de los miembros del equipo para practicar las visitas domiciliarias, emitir conceptos y hacer seguimiento, por lo que frente a este tema se adoptarán algunas decisiones al respecto.

Ahora bien señala el demandante que no se tuvieron en cuenta los testimonios de las señoras Esperanza Borja Flores,⁶¹ coordinadora del centro zonal de Kennedy; Carmen Tulia Medina⁶², ex coordinadora del centro zonal San Cristóbal sur; Beatriz Elena Guzmán Mosquera⁶³, jefe de la oficina de adopciones de la sede nacional del ICBF; no obstante los citados testimonios lo que dan cuenta es acerca del desempeño laboral previo del demandante, en el que señalan que ejerció su cargo con eficiencia, eficacia, responsabilidad y, compromiso institucional.

No obstante son contundentes los testimonios de Sandra Corzo⁶⁴, trabajadora social del hospital de Kennedy, así como el de Susana Ballesteros por lo que no es reprochable de la autoridad disciplinaria que le haya dado mayor credibilidad a estos dos testimonios que a los de las compañeras de trabajo quienes son únicamente señalaron condiciones previas de desempeño laboral del demandante pero no se refirieron a las actuaciones que se surtieron en el día en que comparecieron con la menor al centro de atención zonal de Kennedy.

Es evidente que los testimonios que echa de menos el demandante no gozan de trascendencia para la decisión del caso por cuanto los funcionarios disciplinarios fueron muy claros en reprochar al demandante la omisión de sus funciones como líder del equipo de la Defensoría de Familia, por no dar apertura a la investigación y dictaminar una medida de protección a favor de la menor al ser evidente el estado en el que llegó la niña quien venía remitida del Hospital de Kennedy, y quien llegó en compañía de la trabajadora social del centro hospitalario, funcionaria que le comentó

⁶⁰ Ff. 86 y s.s. Cdn. 1.

⁶¹ Ff. 109 y s.s. Cdn. 1.

⁶² Ff. 121 y s.s. Ibidem

⁶³ Ff. 119 y s.s. Ibidem

⁶⁴ Ff. 41 y s.s.



los pormenores del estado al disciplinado, y le puso de presente que la abuela de la menor podía ser una de sus maltratadores, por lo que era carente de toda lógica que el defensor entregara la menor JLB a la abuela⁶⁵ quien finalmente la devolvió a manos de su madre quién le ocasionó la muerte.

Ahora bien, no puede perderse de vista que en cuanto a la apreciación del material probatorio, la Ley 734 de 2002 en el artículo 141 señaló, que esta debe hacerse según las reglas de la sana crítica⁶⁶, de manera conjunta y con explicación en la respectiva decisión del mérito de las pruebas en que esta se fundamenta. No obstante en los procesos disciplinarios, como lo ha precisado en reiteradas ocasiones esta Corporación, se cuenta con una potestad de valoración probatoria más amplia que la del mismo funcionario judicial penal, que le autoriza para determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, **cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, los que, a su vez, le conducen a la certidumbre de la comisión de la falta y de la responsabilidad del investigado**⁶⁷.

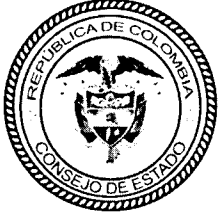
Por esto, es perfectamente aceptable que las decisiones sancionatorias no se basen en los testimonios acerca de las condiciones previas de desempeño laboral, que no cuentan con la mayor relevancia al momento de hacer el juicio de adecuación típica, conforme con los principios del derecho disciplinario que examinan la conducta reprocharle disciplinariamente a la luz de lo señalado por el Decreto 2737 de 1989⁶⁸, y conforme con lo previsto en la Constitución Política que establece en su artículo 44 que los niños son titulares preferentes de derechos fundamentales y que la realización de estos genera una obligación de asistencia y protección que tiene como sujeto

⁶⁵ Ella misma lo relata en su declaración. A folio 37 Cdo. 1.

⁶⁶ En sentencia del 8 de abril de 1999, expediente 15258, magistrado ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, el Consejo de Estado sostuvo que la valoración probatoria corresponde a las operaciones mentales que hace el juzgador al momento de tomar la decisión para conocer el mérito y la convicción de determinada prueba. Por su parte la sana crítica, es la comprobación hecha por el operador jurídico que de acuerdo con la ciencia, la experiencia y la costumbre sugieren un grado determinado de certeza de lo indicado por la prueba.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C, 13 de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001-03-25-000-2011-00207-00(0722-11). Actor: Plinio Mauricio Rueda Guerrero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

⁶⁸ Código del menor vigente, para esa época.



pasivo, en primer lugar, a la familia de la que el menor es parte, luego, a la sociedad en su conjunto y finalmente al Estado; es así que en este caso, donde fallaron los demás sujetos de la relación, se exigía del Estado, representado por el defensor de familia, que se actuara con probidad para la adopción de una medida de protección y no con negligencia como fue lo que se evidenció en este caso, por lo que considera la Sala que la tipificación de la conducta se ajustó a derecho.

3.5.2. Tercer cargo. Los fallos disciplinarios incurrieron en error al determinar el grado de culpabilidad, pues en sentir del demandante no actuó con negligencia sino que acató los lineamientos normativos, siendo la psicóloga Paola Enith Vásquez quien incurrió en las irregularidades que se reprochan a la atención brindada a la menor JLB?

Frente al tema de la culpabilidad, es menester precisar en primer lugar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador adoptó dentro de su facultad de configuración en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente qué comportamientos se exigen para su adecuación típica sea cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que apareja que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura del bien tutelado o del significado de la prohibición⁶⁹.

Así, en la sentencia T-561 de 2005 (MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra), se indicó que «el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado y prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que ‘es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o

⁶⁹ Sentencia C-155 de 2002, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



extralimitación en su cumplimiento⁷⁰».

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, dispone que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa lo cual significa en términos de la jurisprudencia constitucional que «El titular de la acción disciplinaria no solamente debe demostrar la adecuación típica y la antijuridicidad de la conducta, pues ésta debe afectar o poner en peligro los fines y las funciones del Estado, sino también le corresponde probar la culpabilidad del sujeto pasivo manifestando razonadamente la modalidad de la culpa»⁷¹.

En cuanto a tales grados de culpabilidad sancionables en materia disciplinaria –*dolo y culpa*–, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁷², ha señalado que el concepto de dolo debe ser observado desde el artículo 22⁷³ del código penal, por remisión del artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

Así, para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a este y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo).

Ahora bien, el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, establece que se incurre en un comportamiento a título de culpa cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento (**culpa gravísima**) o por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones (**culpa grave**).

⁷⁰ [Sentencia T-1093 de 2004, MP Dr. Manuel José Cepeda espinosa].

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 19 de febrero 2015. Expediente N°:11001-03-25-000-2012-00783-00. Demandante: Alfonso Ricaurte Riveros.

⁷² Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Auto de marzo de 2015, radicado 2014-03799-00. ACTOR: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

⁷³ «La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.»



En el presente caso, los fallos disciplinarios precisaron que «la falta disciplinaria ha sido imputada a Francisco Efrén Ortega Ruales a título de culpa, forma de culpabilidad entendida como la conducta que viola el deber sustancialmente sin el conocimiento de la infracción por parte del sujeto pero que lo desconoce cuándo estaba en situación de conocerlo»⁷⁴. Ninguna de las dos providencias precisó si la modalidad de la culpa fue grave o gravísima, aclarando que se relacionaba con la negligencia⁷⁵ por no actuar con la debida diligencia y cuidado en el ejercicio de su función.

En este sentido, la Sala advierte que si bien nos encontramos ante una falta grave, de conformidad con el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, por incumplimiento de los deberes que se le imponían al defensor de familia en el Decreto 2737 de 1989; no obstante en este caso no puede aceptarse, como criterio determinante de la culpa, el no actuar con la debida diligencia y cuidado en el ejercicio de su función, pues como se vió, el disciplinado se trata de un funcionario con amplia experiencia en su empleo, quien fungió como el presidente de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, por lo que se esperaba de él una mayor diligencia y cuidado en sus actuaciones, no siéndole exigible la diligencia y cuidado de una persona del común.

Para la Sala el disciplinado incurrió en culpa gravísima por la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, pues como mínimo se le exigía conforme al Decreto 2737 de 1989, acatar su deber de dar apertura al proceso administrativo al verificarse la situación irregular en que se encontraba la menor – art. 57-, aspecto que nos lleva a señalar que la conducta grave se desplegó con culpa gravísima al omitir deliberadamente el acatamiento de las obligaciones relacionadas en el código del menor, comoquiera, que sí tuvo conocimiento de la situación por la que estaba atravesando la niña JLB quien requería una medida de protección urgente.

La anterior precisión es válida hacerla en esta oportunidad por cuanto si bien tal calificación no afecta la sanción, conforme al numeral 3.⁰⁷⁶ del artículo 44 de la Ley

⁷⁴ Ff. 206 Cdo. 1

⁷⁵ F. 208 Con. 1.

⁷⁶ « **ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES.** El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

[...]

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.»



734 de 2002, la Sala debe manifestar su desconcierto con el tratamiento de la calificación de la culpa por parte de los funcionarios disciplinarios del ICBF frente a un caso que generó la afectación de una de las más caras garantías del estado social de derecho como lo es la protección de los derechos de los niños, prevalentes en el ordenamiento jurídico⁷⁷

Como se advierte de lo anterior, no prospera el cargo de anulación formulado por el demandante, pues al contrario, para la Sala, la calificación de la culpa que se le endilgó a su conducta no se ajustó al escenario en que se produjeron los hechos, correspondiéndole en realidad la culpa gravísima.

3.5.3. Tercer cargo. Se desconoció el principio de presunción de inocencia del demandante?

Al efecto se tiene que la garantía de la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y, por consiguiente, también en materia disciplinaria, en la medida en que se encuentra consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 9.º de la Ley 734 de 2002, que establece: «Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla».

Sobre este tema, la Corte Constitucional⁷⁸, ha establecido que quien adelante la actuación disciplinaria deberá, conforme con las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona, está establecida como disciplinable, se encuentra efectivamente probada, que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos, la presunción de inocencia queda desvirtuada.

Considera la Sala que en este caso no se produjo la citada vulneración del principio de la presunción de inocencia señalado en el artículo 9.º de la Ley 734 de 2002, pues

⁷⁷ Artículo 44 constitucional

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2009.



en efecto quedó demostrado el deber que la norma le impuso al demandante, quien en su condición defensor de familia y líder del equipo interdisciplinario debía imprimir en su actuación a efectos de garantizar los derechos y la integridad de la menor JLB, por lo que quedo verificada su responsabilidad en la comisión por omisión de la conducta reprochable disciplinariamente, sin que pueda aceptarse como excusa de la omisión que no se le haya entregado un informe, pues ya la trabajadora social le había puesto de manifiesto la situación de la menor, por lo que se exigía en su actuar el cumplimiento de los deberes señalados en el código del menor, siendo preocupante, que se evada en ello, lo que evidencia la falta de seguimiento a los casos que le correspondió analizar en la Defensoría de Familia del Centro Zonal Kennedy del ICBF.

Por tanto, en este caso se demostró que (i) dicha omisión es disciplinable, (ii) se encontró debidamente probada y (iii) su autoría y responsabilidad radican en cabeza del señor Francisco Efrén Ortega Ruales, por lo que no puede decirse que en este caso se vulneró el principio de presunción de inocencia.

3.5.4. Cuarto cargo. Se desconoció el principio de proporcionalidad al no valorarse la inexistencia de antecedentes disciplinarios del demandante, y que ese centro zonal era diligente como elementos para atenuar la sanción?

El principio de proporcionalidad⁷⁹ en materia sancionatoria administrativa exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad. Sobre este particular el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, vigente al momento de la comisión de la falta define lo siguiente:

« La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley».

⁷⁹ Sentencia Corte Constitucional C-125/03.



En este caso no le asiste razón al demandante puesto que contrario a lo que él señala, en primera instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002 se le impuso como sanción dos meses de suspensión atendiendo a los criterios señalados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, como son no haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo, la afectación de los derechos; que el investigado no pertenecía al nivel directivo de la entidad. Consideró que por esto no podía partir del mínimo, pero tampoco aplicar la máxima sanción⁸⁰.

Por su parte la segunda instancia disminuyó la sanción impuesta al demandante al considerar que «si bien fueron analizados por la Oficina de Control Interno Disciplinario los factores previstos por el artículo 46, el implicado no registra antecedentes disciplinarios y ha desplegado importante actividad en el desempeño de su cargo, lo cual es referido en la prueba documental y testimonial obrante en el expediente, consideraciones que permiten entonces imponer la sanción mínima determinada por el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único para la falta grave a título de culpa cometida, la cual es un mes de suspensión.»⁸¹

En este sentido, es evidente que tampoco se vulneró el principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción como quiera que las autoridades disciplinarias tuvieron en cuenta los aspectos que el demandante reprocha en sede judicial, y al contrario impusieron el correctivo señalado en el artículo 46 *ibidem*, aplicándole al caso del demandante la **menor** sanción aplicable, que si bien no comparte la Sala, por la afectación de derechos que se generó, precisamente por el grado de afectación de los derechos fundamentales de la menor JLB, que gozaban de protección constitucional prevalente según el artículo 44⁸² constitucional, situación que impone a los servidores

⁸⁰ Ff. 208 y 209 Cdo. 1

⁸¹ F. 239 Cdo. 1.

⁸² «**Artículo 44** ARTICULO 44º—Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados



mayor acuciosidad en el desarrollo de sus funciones, por lo que no es aceptable que se le hubiese disminuido la sanción impuesta por parte de la segunda instancia disciplinaria.

Sin embargo no puede la Sala modificar la sanción impuesta dada la competencia con que cuenta en este asunto de nulidad y restablecimiento del derecho, de cara al principio de la congruencia de la sentencia que en este caso está determinado por el marco de la demanda, la contestación y posibles excepciones que lleguen a encontrarse probadas, con lo que escapa de la órbita de acción de esta Sala modificar la sanción impuesta al demandante en perjuicio de este.

Por lo anterior, es evidente que no prosperaron ninguno de los cargos de anulación propuestos por el demandante situación que impone a la Sala denegar las súplicas de la demanda, como se indicará en la parte motiva.

3.6 . Otras decisiones

Como quedó plasmado en esta providencia, fueron evidentes las irregularidades en que se incurrió en la Defensoría de Familia grupo 2 del Centro Zonal de Kennedy, del ICBF en Bogotá, como se desprende del acta suscrita por el equipo de trabajo que obra a folios 86 y siguientes del cuaderno primero, que pusieron en evidencia que se pueden presentar en otros casos, referidas éstas a anomalías en el abordaje de la atención a los usuarios, el seguimiento a los casos de los niños reintegrados, en situaciones irregulares o en abandono, el seguimiento a los asuntos remitidos por las comisarías y los hospitales y la posible negligencia de funcionarios para asumir las competencias otorgadas por la ley, escenario que impone compulsar copias de las presentes actuaciones a la Procuraduría General de la Nación, a efectos de que, en

por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».



ejercicio de su competencia prevalente, establecida en los artículos 3.⁸³ y 69⁸⁴ de la Ley 734 de 2002, verifique las posibles acciones y omisiones reprochables disciplinariamente en que pueden estar incurrieron los funcionarios del centro zonal de Kennedy del ICBF en Bogotá, por la afectación que para los derechos fundamentales de los niños, puede generar el incumplimiento de las funciones que se atribuyen a las defensorías de familia.

3.7. De la condena en costas

No hay lugar a la condena en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

⁸³ « **ARTÍCULO 3o. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE.** <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.

[...]».

⁸⁴ «**ARTÍCULO 69. OFICIOSIDAD Y PREFERENCIA.** <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992. La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

Los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal.

Las denuncias y quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originarán responsabilidad patrimonial en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes».



FALLA

PRIMERO. SE NIEGAN las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Francisco Efrén Ortega Ruales, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, **COMPÚLSENSE** copias de esta providencia y del acta de 2 de febrero de 2006⁸⁵ a la Procuraduría General de la Nación a efectos de que verifique las posibles acciones y omisiones reprochables disciplinariamente en que hayan podido incurrir los funcionarios del centro zonal de Kennedy del ICBF en Bogotá, acorde con lo señalado en precedencia.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

⁸⁵ Obra a folio 86 y siguientes del cuaderno primero.

