



RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

LA DIRECTORA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –
ICBF – CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS

RADICADO: 0185/2015
DISCIPLINADO: JENNY PÉREZ ACOSTA.
QUEJOSA: MARTHA CORREA ENCISO.
ASUNTO: RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DISCIPLINADA

I. ASUNTO

La Directora General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS, en uso de sus facultades legales y en especial, las conferidas en los artículos 76, 115, 171 (Parágrafo) y 180 de la Ley 734 de 2002 y en calidad de Operador Disciplinario en segunda instancia procede a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la disciplinada, contra el fallo de primera instancia proferido en audiencia pública el pasado 04 de mayo de 2022, mediante el cual el Secretario General del I.C.B.F. declaró responsable disciplinariamente a la servidora pública JENNY PÉREZ ACOSTA - DEFENSORA DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 15 y GRADO 17 REGIONAL GUAVIARE GRUPO DE ASISTENCIA TÉCNICA, imponiéndole una sanción consistente en SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO por el término de dos (02) meses.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- La presente actuación disciplinaria se adelanta por hechos relacionados con la presunta omisión al deber que le asistía a la señora JENNY PÉREZ ACOSTA en su condición de Defensora de Familia Regional Guaviare Grupo de Asistencia Técnica, de adelantar las actuaciones necesarias para garantizar y restablecer los derechos del niño Y.O.C.

Los hechos disciplinariamente relevantes consisten en que, al parecer después de identificar el presunto registro irregular del menor Y.O.C. como hijo de los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ, a pesar de que estos no eran sus padres y tampoco acudieron al proceso de adopción y, pese a que dicha información al parecer la conoció la Defensora de Familia PÉREZ ACOSTA, no adelantó el proceso de restablecimiento de derechos del menor.

Otro hecho disciplinariamente relevante por el cual se adelantó la actuación disciplinaria tiene que ver, con el presunto incumplimiento del deber de denunciar el delito en el que pudieron incurrir los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ, al registra como su hijo al menor Y.O.C., aspecto del cual la investigada al parecer tuvo conocimiento desde el mes de febrero del año 2013.

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

- 2.- Con fundamento en esta queja, el despacho el pasado 20 de mayo de 2015, ordenó iniciar una indagación preliminar en contra de la Defensora de Familia **PÉREZ ACOSTA**¹.
- 3.- Mediante auto de fecha 17 de febrero de 2017, la Jefatura de la Unidad de Control Disciplinario ordenó iniciar una investigación disciplinaria en contra de la doctora **JENNY PÉREZ ACOSTA**.²
- 4.- Mediante auto N° 0682 del 16 de mayo de 2018 se ordenó la práctica de pruebas de oficio.³
- 5.- El cierre de la investigación se emitió el 20 de octubre de 2021 mediante el auto N° 3514.⁴
- 6.- El 19 de enero de 2022, se formularon dos cargos disciplinarios en contra de la Defensora de Familia **JENNY PÉREZ ACOSTA**.⁵
- 7.- Adelantados los descargos y la etapa probatoria, se profirió auto para correr traslado de alegatos de conclusión.⁶
- 8.- El día 04 de mayo de 2022 se profirió fallo de primera instancia en el cual se sancionó por dos cargos a la Defensora de Familia **JENNY PÉREZ ACOSTA** con dos (02) meses de suspensión en el ejercicio del cargo.⁷
9. Presentado el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, a través del auto 000013 del 20 de mayo de 2022⁸, se concedió en efecto suspensivo el recurso de apelación el cual entra esta segunda instancia a desatar.

III. DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El fallo de primera instancia objeto de recurso, sancionó disciplinariamente a la Defensora de Familia **JENNY PÉREZ ACOSTA** con dos (02) meses de suspensión en el ejercicio del cargo. Las razones por las que se impuso la sanción disciplinaria se derivaron de la acreditación, según el despacho de primera instancia, de dos cargos disciplinarios.

El primero tiene que ver con la presunta infracción del deber de iniciar el proceso de restablecimiento de derechos del menor Y.O.C. Según la decisión, la disciplinada **PÉREZ ACOSTA** en su condición de Defensora de Familia le correspondía iniciar el proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor Y.O.C. toda vez que tuvo conocimiento que este menor se encontraba desaparecido y una vez fue ubicado se enteró que fue registrado irregularmente como hijo de los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ.

El fallo explicó que se acreditó más allá de toda duda la infracción al deber de iniciar el proceso de restablecimiento de derechos de este niño, toda vez que la defensora de familia se enteró de la situación irregular desde el 22 de febrero de 2013, cuando la señora MARTHA

¹ Folio 4-5

² Folio 233 y siguientes.

³ Folio 63 al 65

⁴ Folio 284

⁵ Folio 302

⁶ Folio 368

⁷ Folio 374 al 399

⁸ Folio 412

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

CORREA ENCISO abuela del joven, mediante un derecho de petición le informó al I.C.B.F. que su nieto estaba desaparecido.

Señaló el fallo que pesar de conocer la información desde el 27 de febrero de 2012 (día en que la investigada avocó conocimiento del derecho de petición), la disciplinada no inició el proceso de restablecimiento de derechos siendo este su deber, sino que realizó una serie de actividades que no derivaron en la protección real de los derechos del menor. Según el fallo se acreditó que la señora **PÉREZ ACOSTA** realizó: (i) solicitud de información a la Secretaría de Salud de San José del Guaviare para saber el tratamiento médico que se le adelantó al menor, (ii) actas en las que dejó constancias de reuniones con los familiares por consanguinidad del menor y llamadas telefónicas con los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ (iii) conminó a los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ quienes registraron irregularmente al menor, a continuar ejerciendo la custodia y el cuidado del menor (iv) celebró reuniones con la familia de sangre del menor y los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ para verificar si se han cumplido los acuerdos sobre el ejercicio de la custodia y cuidado del menor y (v) elaboró un informe ejecutivo en el que indica que no hubo lugar a iniciar un proceso de restablecimiento de derechos en razón a que el niño se encontraba en condiciones óptimas con la familia de crianza.

Después de todos estos hechos que se acreditaron en la investigación y que fueron realizados por la disciplinada, el fallo citó el informe realizado por el Comité Técnico Constitutivo para el Restablecimiento de Derechos del Nivel Nacional del I.C.B.F. que analizó el caso del menor Y.O.C. y concluyó que se presentó presunta omisión por parte de la defensora de familia disciplinada porque no inició el proceso de restablecimiento de derechos y tampoco efectuó traslado por competencia las diligencias al Centro Zonal Belén de Umbria.

Con fundamento en estos medios de prueba, el despacho concluyó que se acreditó que la disciplinada conoció de la situación del menor Y.O.C., pero aún así no inició el trámite de restablecimiento de derechos, sino que realizó otras actividades de las cuales quedó el debido registro, pero ninguna de ellas tendientes a garantizar y proteger efectivamente los derechos que el niño vio afectados por el irregular registro como hijo de los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ.

Después de analizar de manera conjunta todos estos hechos y las evidencias documentales, la primera instancia declaró a la señora **JENNY PÉREZ ACOSTA** como responsable de una falta disciplinaria grave a título de culpa grave y por ese primer cargo le impuso una sanción de un (01) mes.

El segundo cargo, tiene que ver con la presunta infracción al deber de denunciar o poner en conocimiento de las autoridades penales la posible comisión del delito en el que incurrieron los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ al registrar como hijo suyo al menor Y.O.C.

Este segundo cargo, de acuerdo con el fallo, se acreditó analizando de manera similar los elementos de prueba obrantes en la actuación. En primer lugar, se indicó que se demostró que la señora **PÉREZ ACOSTA** tuvo conocimiento del registro irregular del menor Y.O.C. cuando avocó conocimiento de un derecho de petición (27 de febrero de 2013) que la abuela materna del niño la señora MARTHA CORREA ENCISO radicó ante el I.C.B.F. el pasado 22 de febrero de 2013 donde informaba que su nieto se encontraba desaparecido.

Página 3 de 19

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

Después de que se hicieron las respectivas averiguaciones, se identificó que el menor se encontraba en cuidado de dos personas, por citó a una conciliación en la cual se enteraron que el menor había sido registrado como hijo de los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ.

El fallo señala que la disciplinada una vez conoció esta información, no cumplió con el deber de denunciar el registro irregular, sino que por el contrario realizó entre otras cosas (i) solicitud de información a la Secretaría de Salud de San José del Guaviare para saber el tratamiento médico que se le adelantó al menor, (ii) actas en las que dejó constancias de reuniones con los familiares por consanguinidad del menor y llamadas telefónicas con los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ (iii) conminó a los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ quienes registraron irregularmente al menor, a continuar ejerciendo la custodia y el cuidado del menor (iv) celebró reuniones con la familia de sangre del menor y los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ para verificar si se han cumplido los acuerdos sobre el ejercicio de la custodia y cuidado del menor y (v) elaboró un informe ejecutivo en el que indica que no hubo lugar a iniciar un proceso de restablecimiento de derechos en razón a que el niño se encontraba en condiciones óptimas con la familia de crianza.

Adicionalmente, el fallo tuvo como prueba la respuesta emitida el 26 de junio de 2015 por el Coordinador del Servicio Nacional de Inscripción – Dirección Nacional de Registro Civil- en la que se indicó que los señores NANCY MARÍA RENDON LÓPEZ y RAFAEL OMAR GUTIERREZ SÁNCHEZ registraron al menor Y.O.C. con el nombre de SEBASTIÁN GUTIERREZ LÓPEZ el 24 de septiembre de 2009. Con este medio de prueba, el despacho acreditó que lo informado por la señora MARTHA CORREA ENCISO correspondía a la verdad y que pesar de que la disciplinada fue informada no denunció el registro irregular.

Luego de analizar los testimonios decretados en etapa de descargos, el despacho de primera instancia concluyó que de los mismos no se logra extraer que la funcionaria si haya realizado la denuncia penal por el registro irregular, y cerró indicando que el deber de denunciar hechos de los cuales puede ser víctima un menor, no recae solo en los defensores de familia, sino que es un deber constitucional y legal exigible a todos los servidores públicos una vez tengan conocimiento de hechos que puedan constituir un delito.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN INCOADO

Proferido el fallo sancionatorio contra de la servidora pública **JENNY PÉREZ ACOSTA**, en su condición de **DEFENSORA DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 15 y GRADO 17 REGIONAL GUAVIARE GRUPO DE ASISTENCIA TÉCNICA**, interpuso recurso de apelación. La disciplinada dividió su recurso de acuerdo a los dos cargos por los que se le sancionó y luego relacionando unos presuntos aspectos procesales irregulares en la actuación disciplinaria; teniendo como puntos principales de inconformidad los siguientes:

4.1. Sobre el primer cargo por el que se le sancionó.

La disciplinada sobre el primer cargo presentó dos argumentos por los cuales solicitó se revocara la decisión de primera instancia.

En primer lugar, dijo que sobre el deber de iniciar el proceso de restablecimiento de derechos del menor Y.O.C, esto no era de su competencia porque para el año 2013 en la Dirección Territorial

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

del I.C.B.F. del departamento del Guaviare, existían dos defensorías de familia, una que se encargaba de aspectos procesales y de protección y otra que conocía de temas extra procesales o conciliables.

Indicó que para la fecha de los hechos su función era de conocer temas extra procesales o conciliables, pero que el procedimiento de restablecimiento de derechos de un menor de edad no era un tema conciliable o extra procesal; por lo cual la situación del menor Y.O.C no era de su competencia y no tenía porque iniciar el P.A.R.D.

En segundo lugar, solicitó el reconocimiento de la causal de exclusión de responsabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 en el sentido de que actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

Para sustentar dicha postura, dijo que cuando recibió la petición por parte de la señora MARTHA CORREA ENCISO en febrero de 2013, esta se solicitó como una "fijación de custodia y cuidado personal del menor" aspecto que de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 es un asunto señalado como conciliable.

Asimismo, explicó que su conducta estuvo amparada y consistió en darle aplicación al artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 vigente para la fecha de los hechos, que señalaba que cuando se tratara de asuntos que puedan conciliarse el defensor de familia deberá citar a audiencia de conciliación la cual deberá celebrarse dentro de los diez (10) siguientes al conocimiento de los hechos.

Que bajo esa disposición normativa y en el entendido que se trataba de un asunto conciliable procedió a convocar a la respectiva audiencia donde las partes concertaron que los padres de crianza continuaran ejerciendo la custodia y el cuidado del niño.

Asimismo, señaló nuevamente que iniciar el P.A.R.D. no era un asunto de su competencia, porque el menor residía con su familia de crianza en el municipio de Belén de Umbria y que era el centro zonal de ese municipio, atendiendo a la competencia territorial del artículo 97 de la Ley 1098 de 2006 quien debía iniciar el proceso.

Así volvió sobre la solicitud de que se aplicara la causal de exclusión de responsabilidad, pues en su criterio adelantó todas las diligencias con la plena convicción de estar dando aplicación al artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 porque era un asunto conciliable sobre la custodia y cuidado del menor.

4.2. Sobre el segundo cargo por el que se le sancionó.

Sobre el segundo cargo dijo que el deber de denunciar no aplicaba porque ya obraba una denuncia penal sobre los mismos hechos. Dijo que la abuela del menor la señora MARTHA CORREA ENCISO manifestó que ya había impetrado una denuncia y que la existencia de ello se acredita con el oficio N° GAMET-UMA SAN JOSÉ de fecha 16 de enero de 2014, suscrito por el Capitán ALVARO ENRIQUE SÁNCHEZ JAIMES, en calidad de Jefe U.M.A. mediante el cual menciona que existe la noticia criminal 9500116000647201300065.

Luego afirma que no denunció la desaparición del menor porque la misma ya había sido presentada con anterioridad a que ella supiera los hechos.

Página 5 de 19

RESOLUCIÓN No. 5351

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

4.3. Irregularidades procesales.

La recurrente dijo que se le vulneró el derecho a la defensa porque el despacho de primera instancia pese a decretar el testimonio de la señora SANDRA PATRICIA CONTRERAS DUEÑAS omitió tomar su declaración, por "el afán de interrumpir la prescripción" y con ello vulneraron el debido proceso, solicitando por ello la nulidad de la actuación.

Posteriormente, el recurso ataca a la persona que al parecer sustanció el fallo de primera instancia, indicando que "en manos de quien sustanció este fallo no tenía yo la opción de ser absuelta" porque en su criterio esta persona le vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa porque en el fallo le endilgó otro cargo que supuestamente correspondía a no dar traslado de las actividades al Centro Zonal de Belén de Umbría para que iniciara el proceso de restablecimiento de derechos del menor Y.O.C.

En seguida solicita la declaración de la prescripción toda vez que han transcurrido más de cinco (05) años desde la apertura de la investigación disciplinaria.

Y finaliza el recurso afirmando que como ha quedado demostrado que el primer cargo no se acreditó porque no era su competencia iniciar el P.A.R.D., lo mismo debe suceder con el segundo porque solo dentro del P.A.R.D. es que se decretan y practican las pruebas necesarias para resolver la situación jurídica del menor.

En estos términos, la investigada sustentó su recurso de alzada.

5. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA APELACIÓN

Teniendo en cuenta la calidad de servidora pública de la disciplinada **JENNY PÉREZ ACOSTA** quien para la fecha de los hechos ostentaba el cargo de **DEFENSORA DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 15 y GRADO 17 REGIONAL GUAVIARE GRUPO DE ASISTENCIA TÉCNICA**, este Operador Disciplinario es competente para conocer y resolver el recurso de apelación en segunda instancia incoado por el apoderado de confianza de la inculpada, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002:

"ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

Página 6 de 19

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia". (Subrayas del despacho)

De igual manera con la previsión legal consagrada en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, es importante señalar que este Despacho tiene competencia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

De ahí el criterio impuesto por la jurisprudencia según el cual el funcionario disciplinario en segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada, a partir de los argumentos presentados por el recurrente.⁹

De igual manera, es importante señalar que el recurso de apelación interpuesto es procedente, pues el fallo de primera instancia se encuentra dentro de las providencias indicadas en el artículo 115 de la Ley 734 de 2002, como susceptible de apelación, normatividad que a la letra reza:

"ARTÍCULO 115. RECURSO DE APELACIÓN. El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia.

En el efecto suspensivo se concederá la apelación de la decisión de archivo, del fallo de primera instancia y de la decisión que niega totalmente la práctica de pruebas, cuando no se han decretado de oficio, caso en el cual se concederá en el efecto diferido; en el devolutivo, cuando la negativa es parcial"

Resulta pertinente advertir que la administración estatal goza de un poder disciplinario para someter a sus servidores públicos, y obtener de ellos la obediencia, disciplina, moralidad y eficiencia necesarias para el cumplimiento de sus deberes y demás requerimientos que impone la respectiva investidura pública, a fin de cumplir con el propósito para el cual han sido instituidos, como es el servicio al Estado y a la comunidad, concretándose de esta manera, una relación de subordinación del servidor público para con el Estado, donde el primero se somete a lo ordenado por la Constitución Política de 1991 y sus respectivas leyes, entre ellas a un régimen especial instituido en la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único y la Ley 1474 de 2011 por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Procede así este Despacho a resolver el recurso de alzada interpuesto por la disciplinada **JENNY PÉREZ ACOSTA**, toda vez que fue incoado y sustentado dentro del término legal de los tres días establecidos en el artículo 111 del Código Disciplinario Único.

De esta manera, el despacho entrará a resolver el recurso de apelación utilizando la siguiente metodología:

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de marzo de 2007, radicación 26129.

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

En primer lugar, se abordarán los aspectos tratados en la apelación que en caso de prosperar puedan dar lugar a la absolución de la investigada, para ello, se estudiarán los argumentos presentados relacionados con los dos cargos por los que se sancionó, comenzando a precisar si era deber o no de la disciplinada iniciar el P.A.R.D del menor Y.O.C, si las actividades desempeñadas por la señora **JENNY PÉREZ ACOSTA** una vez tuvo conocimiento de la situación del menor Y.O.C eran aspectos conciliables y por ello no era necesario iniciar el P.A.R.D y si en el caso en concreto existe la causal de exclusión de responsabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 en el sentido de que la investigada actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

En segundo lugar, el despacho se pronunciará sobre las consideraciones relacionadas con el segundo cargo, puntualmente respecto de la presunta inexistencia del deber de denunciar el presunto registro irregular del menor Y.O.C por cuanto ya se había impetrado una denuncia por la abuela del menor.

Finalmente, y en caso de que las consideraciones relacionadas en los puntos anteriores no prosperen, el despacho se pronunciará sobre las presuntas irregularidades procesales en punto a (i) presunta omisión de realizar la declaración de la señora SANDRA PATRICIA CONTRERAS DUEÑAS y con ello una vulneración del derecho de defensa, (ii) presunta afectación al principio de congruencia porque en el fallo se atribuyó un cargo no contemplado en el pliego de cargos y (iii) prescripción de la acción disciplinaria.

5.1. Competencia de la disciplinada para iniciar el P.A.R.D del menor Y.O.C, hechos conciliables y causal de exclusión de responsabilidad alegada.

La falta disciplinaria imputada y relacionados con los argumentos de disenso tienen que ver con el siguiente cargo:

"La señora YENNY PERÉZ ACOSTA, en su condición de cargo de Defensor de Familia código 2125 grado 15 y 17, ubicado en la Regional ICB Guaviare, para la época de los hechos, pudo haber incurrido en posible falta disciplinaria, al presuntamente haber omitido el deber que le correspondía como Defensora de Familia de iniciar el Proceso de Restablecimiento de Derechos a favor del menor SEBASTIAN GUITIERREZ LÓPEZ (YONIER OLIVEROS CORREA), para adoptar dentro de la respectiva actuación la medida de restablecimiento respectiva de conformidad con lo establecido en la ley 1098 de 2006, garantizando los derechos fundamentales de la familia biológica que ostenta la condición de población vulnerable y especial, al pertenecer a una comunidad indígena, y así detener la violación o amén a de los derechos del niño, ya que una vez tuvo conocimiento del derecho de petición presentando por la abuela biológica - señora MARTHA CORREA ENCISO registrada en el Sistema de Información Misional - SIM con No. 22707911 el 27 de febrero de 2013, tan solo avocó conocimiento mediante auto de fecha 04 de marzo de 2013 y de hasta el 10 de diciembre de 2013 que el Comité Técnico Consultivo para el Restablecimiento de Derechos de Nivel Nacional, adelantó reunión para analizar el caso del niño YONIER OLIVEROS CORREA, verificando las diligencias reportadas por la Regional Guaviare, en donde se adelantó la actuación teniendo en cuenta que la familia biológica del niño residía en dicho Departamento, en el que se evidenció la omisión de iniciar el P.A.R.D."

La recurrente dijo que el deber de iniciar el proceso de restablecimiento de derechos del menor Y.O.C, no era de su competencia porque para el año 2013 en la Dirección Territorial del I.C.B.F. del departamento del Guaviare, existían dos defensorías de familia, una que se encargaba de aspectos procesales y, de protección y, otra que conocía de temas extraprocesales o conciliables.

Página 8 de 19

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

Explicó que, para la fecha de los hechos su función era de conocer temas extraprocesales o conciliables, pero que el procedimiento de restablecimiento de derechos de un menor de edad no era un tema conciliable o extra procesal; por lo cual la situación del menor Y.O.C no era de su competencia y no tenía porque iniciar el P.A.R.D.

Asimismo, explicó que su conducta estuvo amparada y consistió en darle aplicación al artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 vigente para la fecha de los hechos, que señalaba que cuando se tratará de asuntos que puedan conciliarse el defensor de familia *"deberá citar a audiencia de conciliación la cual deberá celebrarse dentro de los diez (10) siguientes al conocimiento de los hechos"* y que bajo esa disposición normativa y en el entendido que se trataba de un asunto conciliable, procedió a convocar a la respectiva audiencia donde las partes concertaron que los padres de crianza continuaran ejerciendo la custodia y el cuidado del niño.

También sobre la presunta incompetencia para iniciar el P.A.R.D dijo que, el menor residía con su familia de crianza en el municipio de Belén de Umbría y que por ello era el centro zonal de ese municipio, atendiendo a la competencia territorial del artículo 97 de la Ley 1098 de 2006 quien debía iniciar el proceso. Como se trataban de hechos por los cuales se adelantó conciliación, no era su competencia iniciar el P.A.R.D.; dijo ello, debió hacerlo el centro zonal del municipio de Belén de Umbría.

Solicitó el reconocimiento de la causal de exclusión de responsabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de que actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

Para sustentar su solicitud, afirmó que cuando recibió la petición por parte de la señora MARTHA CORREA ENCISO en febrero de 2013, esta se solicitó como una *"fijación de custodia y cuidado personal del menor"* aspecto que de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 es un asunto señalado como conciliable, así, en su criterio adelantó todas las diligencias con la plena convicción de estar dando aplicación al artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 porque era un asunto conciliable sobre la custodia y cuidado del menor y no un tema relacionado con P.A.R.D. Visto

Para identificar si le asiste razón a la disciplinada, es necesario realizar una retroalimentación sobre los hechos que contextualizaron el cargo formulado.

Todo comenzó el 22 de febrero del año 2013, cuando la señora MARTHA CORREA ENCISO abuela materna del menor Y.O.C presentó derecho de petición ante la sede del I.C.B.F. en el municipio de San José del Guaviare.

En dicho documento la señora CORREA ENCISO dio a conocer a la entidad que su nieto era el menor Y.O.C y que para el año 2009 una funcionaria Auxiliar del Área de Salud se llevó al menor de la vereda Puerto Cumaré al municipio de San José del Guaviare porque presentaba un cuadro de tuberculosis y requería de tratamiento. Dice el documento que a partir de ese momento no volvió a saber nada de su nieto, que no le informaron dónde estaba el menor y nunca le solicitaron autorización a ella o la madre del niño para llevarlo a otro lugar. (Folio 23 cuaderno anexo I)

El 27 de febrero de 2013 se registró el derecho de petición en las bases de datos del I.C.B.F. (Folio 21 cuaderno anexo I). El 04 de marzo de 2013 la señora JENNY PÉREZ ACOSTA avocó conocimiento de lo informado por la señora CORREA ENCISO.

Página 9 de 19

RESOLUCIÓN No. 354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

Ese es el contexto en el cual comenzó a actuar la disciplinada, al enterarse que el menor Y.O.C se encontraba desaparecido. Y este aspecto es muy relevante porque de allí se comienza a desacreditar las afirmaciones de la investigada al señalar que su actuación dentro de esta situación se realizó para adelantar un trámite de "conciliación."

Desde el día 27 de febrero de 2013 fecha en la que se radicó del derecho de petición en el I.C.B.F., hasta el 04 de marzo de 2013 día en que la investigada avocó conocimiento de la situación, es claro que lo que se informó es que el paradero del menor se desconocía, por lo que es evidente que no se podía tratar de un trámite de "conciliación" para regular custodia o cuidado del menor.

Prueba de ello, es que mediante el auto por medio del cual la disciplinada avocó conocimiento de fecha 04 de marzo de 2013, ordenó:

"ORDENA

1. Aceptar el respectivo direccionamiento.
2. Citar a las partes.
3. Ordenar al equipo técnico interdisciplinario realizar las valoraciones al niño, a la familia de origen y familia de crianza.
4. Verificar los derechos que se encuentran amenazados, vulnerados o inobservados y proceder a restablecerlos si hay lugar a ello.
5. Levantar la correspondiente acta o constancia según el caso.
6. Proferir el auto de cierre de las actuaciones administrativas.
7. Realizar la respectiva foliación de los folios del expediente.
8. Entregar el expediente al archivo de Gestión Documental." (Folio 32 cuaderno anexo I Subrayas del despacho)

Obsérvese que la señora **JENNY PÉREZ ACOSTA** en su calidad de Defensora de Familia en ningún numeral del auto de avoca ordenó citar a conciliación; adicionalmente, en la primera parte del documento dijo que avocaba conocimiento para "garantizar la protección de los derechos y desarrollo integral de los NNA"¹⁰

Llama la atención del despacho, que se haya ordenado al cuerpo técnico realizar las valoraciones al niño y a la familia de crianza y a la familia de origen, cuando dentro de los antecedentes que dieron lugar a avocar conocimiento del asunto no se había informado el lugar donde se encontraba el menor y que estuviera al cuidado de una familia de crianza.

Así, este despacho concluye sin ninguna duda que no le asiste razón a la disciplinada al afirmar que sus actuaciones estuvieron realizadas bajo la función de los asuntos conciliables señalados en el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que ordenó verificar los derechos posiblemente amenazados del menor y proceder a restablecerlos si había lugar a ello.

Pese a que sabía qué tenía que iniciar un proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor, no lo hizo, y en su lugar procedió a "convocar" a la familia de origen y de crianza del menor a unas reuniones para luego concluir:

"No hubo lugar a dictar medida de restablecimiento de derechos, pues no se determina vulneración, amenaza o inobservancia a los derechos del niño; teniéndose la autorización y el

¹⁰ Folio 32 cuaderno anexo I.

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

consentimiento de la familia de origen para que el niño continúe viviendo con sus padres de crianza y este registrado civilmente como hijo" (Folio 82 del cuaderno anexo I)

La disciplinada tenía tan claro que no eran asuntos conciliables que tanto en el auto de avoca como en el informe ejecutivo de análisis de caso de fecha 25 de octubre de 2013 hizo referencia al restablecimiento de derechos del menor.

Sin embargo, la investigada pretende que la segunda instancia reconozca que su procedimiento fue un trámite conciliatorio de cuidado y custodia cuando todo lo adelantado por ella, estuvo contrario a los asuntos que permite la ley conciliar, porque el solo hecho de que el cuidado del menor se haya derivado de que desapareció por varios años y que fuera registrado por otras personas como su hijo, permitía comprender que no se trataba de un asunto a conciliar sino de una posible afectación de los derechos del niño derivados de conductas punibles.

Tampoco es de recibo que, se excuse en que el domicilio del menor no era San José del Guaviare y por ello no le asistía competencia para iniciar el P.A.R.D. porque para el momento en que avocó conocimiento de los hechos se desconocía que el menor estaba domiciliado en otro municipio, y cuando se enteró, debió haber remitido las actuaciones al lugar donde residía (sin que esto constituya una nueva acusación como más adelante se explicará) sin embargo; no inició el trámite de P.A.R.D, adelantó actuaciones que favorecieron a que el menor siguiera en cuidado de la familia de crianza irregular y cuando se enteró de que el domicilio era el Belén de Umbría no remitió las actuaciones a la regional del I.C.B.F. competente.

Por todas estas conductas es claro que la disciplinada si infringió los deberes funcionales del defensor de familia consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 que señalan:

"1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes."

Así las cosas, para este despacho es conclusivo que no se presentó la causal de exclusión de responsabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 alegada, en el sentido que la disciplinada no actuó con la convicción errada e invencible, por el contrario; tuvo pleno conocimiento de que no se trataba de asuntos propios conciliación extra procesal, porque refirió que su actuación se realizaba para "garantizar la protección de los derechos y desarrollo integral del niño" e incluso ordenó practicar valoraciones al niño y a las familias, que son diligencias propias del procedimiento de restablecimiento de derechos y no de un trámite de conciliación.

5.2. Sobre el segundo cargo por el que se le sancionó -Deber de denunciar.

La falta disciplinaria imputada y relacionados con los argumentos de disenso tienen que ver con el siguiente cargo:

Página 11 de 19

RESOLUCIÓN No.

5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

"La señora YENNY PÉREZ ACOSTA, en su condición de Defensor de Familia código 2125 grado 16 y 17, ubicado en la Regional del ICBF Guaviare, para la época de los hechos, pudo haber incurrido en posible falta disciplinaria, al presuntamente haber omitido el deber que le correspondía como servidora pública y Defensora de Familia de denunciar el delito en que pudieron incurrir los señores MARIA NANCY LÓPEZ REDÓN y RAFAEL OMAR GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, al haber registrado al menor YONIER OLIVEROS CORREA, en la Registraduría Municipal de San José del Guaviare el 24 de septiembre de 2009, con fecha de nacimiento 14 de febrero de 2008, por la funcionaria MARÍA CRISTINA MORENO MORENO, con indicativo serial No. 43321968, NUIP 1.120.571.204, a nombre de GUTIÉRREZ LÓPEZ SEBASTIÁN, como padres NANCY MARÍA RENDÓN LÓPEZ y OMAR RAFAEL SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, registro que se llevó acabo de forma irregular, ya que no se adelantó trámite de adopción alguno ante el ICBF, hechos de los cuales tuvo conocimiento como ocasión al derecho de petición presentado por la abuela biológica – señora MARTHA CORREA ENCISO radicada en el Sistema de Información Misional - SIM con No. 22707911 del 27 de febrero de 2013, y específicamente en el mes de abril de 2013, al haber sido aportada copia de dicho registro por los señores LÓPEZ RENDÓN y GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, en las diligencias adelantadas por la hoy disciplinada."

Los argumentos de disenso respecto de este cargo son los siguientes:

- Que el deber de denunciar no le aplicaba porque ya existía una denuncia penal sobre los mismos hechos. Dijo que la abuela del menor la señora MARTHA CORREA ENCISO manifestó que ya había impetrado una denuncia y que la existencia de ello se acredita con el oficio N° GAMET-UMA SAN JOSÉ de fecha 16 de enero de 2014, suscrito por el Capitán ALVARO ENRIQUE SÁNCHEZ JAIMES, en calidad de Jefe U.M.A. mediante el cual menciona que existe la noticia criminal 9500116000647201300065.
- Afirma que no denunció la desaparición del menor porque la misma ya había sido presentada con anterioridad a que ella supiera los hechos.

Sobre este punto, el despacho debe indicar que no le asiste razón a la disciplinada.

No le asiste razón, por cuanto su desacuerdo está orientado a una conducta que no se le imputó. Es claro que el cargo formulado tiene que ver con el hecho de no denunciar el presunto registro irregular del menor de edad Y.O.C. cuando tuvo conocimiento de ello y, no la desaparición del menor que en efecto fue lo que denunció la señora MARTHA CORREA ENCISO.

A la señora YENNY PÉREZ ACOSTA se le reprochó infringido el deber consagrado en el N° 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que consiste en "denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley." (Folio 317) en concordancia con el N° 16 del artículo 82 de la Ley 1982 de 2019.¹¹

Los hechos disciplinariamente relevantes explicados en los cargos y corroborados en el fallo también son claros:

"(...) no obstante si le daban claridad respecto de los antecedentes que dieron lugar a que los señores NANCY LÓPEZ RENDÓN y RAFAEL OMAR GUTIERREZ, no fuesen los padres del menor y lo hayan registrado como suyo, sin adelantar el respectivo trámite ante

¹¹ 16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

autoridad competente para obtener la custodia y cuidado del niño a través de la figura de adopción, situación que debió poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación"
(Folio 316 y 317)

De esta manera, el hecho de que la señora MARTHA CORREA ENCISO haya denunciado la desaparición de su nieto, en nada excluye el deber que tenía la investigada de haber denunciado el presunto registro irregular del menor Y.O.C.

Adicionalmente, los medios de prueba citados por la investigada, solo hacen referencia a los hechos de la desaparición forzada menor Y.O.C. y no, al registro irregular del cual se tuvo conocimiento el día 15 de abril de 2013 según consta en el acta de esa fecha obrante en el folio 40 del cuaderno anexo N° 1.

De esta manera el despacho confirmará integralmente la sanción impuesta por este cargo.

5.3. Presuntas irregularidades procesales.

Sobre este punto son tres los reproches del recurso:

- Presunta vulneración al derecho a la defensa porque el despacho de primera instancia pese a decretar el testimonio de la señora SANDRA PATRICIA CONTRERAS DUEÑAS omitió tomar su declaración, por "el afán de interrumpir la prescripción" y con ello vulneraron el debido proceso, solicitando por ello la nulidad de la actuación.

Al respecto, una vez verificado el expediente, el despacho corroboró que en efecto le asiste razón a la disciplinada al afirmar que se decretó la prueba testimonial de la señora SANDRA PATRICIA CONTRERAS DUEÑAS, pero esta no se practicó pese a ser una solicitud probatoria de la defensa.

Sin embargo, por este solo hecho no se puede afirmar que se haya vulnerado el derecho fundamental a la defensa. Al revisar el trámite procesal se observa que el 17 de marzo de 2022 se citó a diligencia testimonial a la señora CONTRERAS DUEÑAS, pero; fue la testigo quien le dijo al despacho que no podía comparecer porque estaba en una audiencia judicial dentro de un proceso penal.¹²

Es cierto que la práctica de la prueba no se materializó, pero no fue por responsabilidad del despacho, adicionalmente la investigada no explicó ni acreditó cómo y qué tan fundamental eran para su defensa las declaraciones de la señora SANDRA PATRICIA CONTRERAS DUEÑAS, simplemente se limitó a afirmar que por no haberla escuchado se le vulneró su derecho a la defensa.

En cualquier caso, en situaciones así ha precisado el Consejo de Estado que si dicho elemento de prueba era tan importante debió haberse insistido en su práctica o impugnar el auto con el cual se agotó la etapa probatoria. Ha dicho el Consejo de Estado:

"La omisión atribuida a la Procuraduría General de la Nación no es propia de ella, pues es evidente que a pesar de que dentro del proceso se decretó la prueba, en el expediente no obra oficio alguno que acredite que el ISS remitió a la entidad demandada esos documentos.

¹² Así también lo explica la recurrente folio 408 inverso.

RESOLUCIÓN No.

3051

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

Adicionalmente, si dicho elemento de convicción era tan primordial como lo quiere hacer ver el demandante, debió haber solicitado que se oficiara nuevamente al Instituto de los Seguros Sociales con el objeto de requerirlo para que lo allegara; o acudir directamente a esa Entidad -en ejercicio del derecho de petición-, con el propósito de obtener copia del mismo. También pudo insistir en la práctica de la prueba o hacer uso de los recursos previstos impugnando el auto con el cual se agotó la etapa probatoria."¹³

Sin embargo, se observa que una vez se le trasladó para presentar alegatos de conclusión la disciplinada guardó silencio y no presentó documento alguno previo a emitirse el fallo de primera instancia indicando la irregularidad.

De esta manera, al no haberse acreditado de qué manera resultaba fundamental esta prueba testimonial para la defensa y, no haberse insistido en su práctica, así como el despacho de primera instancia no fue quien aplazó la diligencia, todo ello lleva al convencimiento de la no vulneración al derecho de defensa de la disciplinada.

- En el fallo se le atribuyó otro cargo que no le fue acusado.

Posteriormente, el recurso atacó a la persona que al parecer sustentó el fallo de primera instancia. Dijo que *"en manos de quien sustentó este fallo no tenía yo la opción de ser absuelta"* porque esta persona le vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa, ya que, en el fallo le enrostró otro cargo que supuestamente correspondía a no dar traslado de las actividades al Centro Zonal de Belén de Umbría, para que iniciara el proceso de restablecimiento de derechos del menor Y.O.C. *Lucy*

Sobre estas afirmaciones, el despacho se abstendrá de realizar opiniones sobre los funcionarios que adelantaron y emitieron el fallo de primera instancia; sin embargo, si se exhorta a la disciplinada a referirse con respeto hacia los funcionarios del I.C.B.F. toda vez, que, no ser absuelta dentro de una actuación disciplinaria, no es razón para referirse personalmente a los servidores que conocieron el proceso, a no ser que tenga pruebas de sus manifestaciones y, por ende, debió tramitar los remedios procesales que la ley consagra para ello, tales como las recusaciones.

En lo que respecta a que al parecer se le formuló un cargo del cual no fue acusada, el despacho debe explicar que dicha situación no aconteció. En efecto el fallo de primera instancia señaló que:

"(...) y fue en dicho comité que decidieron trasladar por competencia las diligencias a Belén de Umbría, con el fin de que iniciaran el correspondiente PARD siendo evidente que la hoy disciplinada no realizó traslado alguno por competencia al Centro Zonal Belén de Umbría."

Esas afirmaciones emitidas en el fallo de primera instancia, de ninguna manera constituyen un nuevo cargo disciplinario; por el contrario, dentro del proceso disciplinario se acreditó que la señora **JENNY PÉREZ ACOSTA** en su calidad de Defensora de Familia, no informó al Centro Zonal Belén de Umbría, la situación presentada con el menor pese a que tenía claro que ese Centro era competente para adelantar el P.A.R.D. desde que se tuvo conocimiento del domicilio del menor.

¹³ Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00753-01(0532-08) CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

Esta frase no se trata de un nuevo cargo endilgado, pues de ninguna manera se está sancionando por el hecho de no haber informado Centro Zonal Belén de Umbría; este es más bien, un hecho indicador que demuestra la forma tan irregular en la cual la señora **JENNY PÉREZ ACOSTA** abordó la situación del menor Y.O.C. y, que permite concluir, aún más, su infracción a los deberes de:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes."

En otras palabras, la señora **JENNY PÉREZ ACOSTA** en su calidad de Defensora de Familia no inició el proceso de restablecimiento de derechos del menor Y.O.C y, por esto se le sanciona, pero también se acreditó que no informó al Centro Zonal Belén de Umbría, la situación del niño, aunque por este hecho no se le imponga sanción alguna.

- Prescripción de la acción disciplinaria.

La investigada solicitó la declaración de la prescripción toda vez que han transcurrido más de cinco (05) años desde la apertura de la investigación disciplinaria.

Dice el artículo 30 de la Ley 734 de 2002:

"ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. (Subrayas del despacho)

La norma procesal disciplinaria no es clara en precisar cómo se interrumpe el término de prescripción de la acción disciplinaria, si con el fallo de primera instancia, su notificación, o el fallo de segunda instancia.

Sin embargo; esa ausencia de redacción, ha sido interpretada por el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, donde se observa que su postura consiste en que el término de prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe con la notificación del fallo de primera o única instancia dependiendo el caso.

La Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de febrero de 2014, en un asunto, donde el actor acusaba que se había configurado la prescripción de la acción disciplinaria porque la Procuraduría General de la Nación no notificó el fallo de segunda instancia

Página 15 de 19

RESOLUCIÓN No. 3334

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

dentro del término de los 5 años, afirmó que la sanción disciplinaria se impone y en consecuencia se interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con la expedición y notificación del fallo que resuelva los recursos de la vía gubernativa. Así señaló la providencia en mención:

"En ese orden, sea lo primero precisar que para la fecha en que se inició el proceso disciplinario, esto es, en el año 2004, estaba vigente la Ley 734 de 2002, la cual en su artículo 30 previó la prescripción como forma de extinción de la acción, en los siguientes términos:

Términos de prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. (...)

De la lectura de la norma transcrita, la Sala observa que el legislador sólo precisó el momento en que se empieza a contar el término de prescripción de los cinco años, mas no señaló los eventos ni el momento en que se entiende interrumpido.

Ante tal vacío jurídico propiciado por la norma, esta Corporación señaló:

"En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado (...)"

Lo anterior quiere decir que para efecto de la interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, no basta con la expedición del acto principal sino que además es necesaria la notificación del mismo para que surta plenos efectos jurídicos..."

Esta misma interpretación jurídica del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, fue acogida posteriormente por la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 28 de julio de 2014, en el cual el demandante presentó como argumento de nulidad la prescripción de la acción disciplinaria explicando que la Procuraduría General de la Nación profirió y notificó por fuera del término de 5 años el fallo que resolvió un recurso de reposición que interpuso contra el fallo de única instancia, la Sala señaló que dentro del mencionado plazo, para que no opere la prescripción la autoridad disciplinaria solo debe proferir el acto administrativo principal y no los que resuelven los recursos interpuestos contra este. La sentencia mencionada señaló lo siguiente:

"La Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en relación con la prescripción de la acción sancionatoria, mediante sentencia de 23 de mayo de 2002 precisó que dentro del plazo antes señalado la Autoridad competente debe no solo tramitar la acción sino imponer la

Página 16 de 19

RESOLUCIÓN No.

5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

sanción, lo cual significa que los recursos interpuestos deben estar resueltos y notificada la decisión, en los términos que establecían los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al resolver un Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto contra la mencionada En esta decisión se señaló que, para efectos de la prescripción de la acción disciplinaria la Autoridad competente dentro de los cinco (5) años siguientes al cometimiento de la conducta investigada, únicamente debía concluir la actuación administrativa, esto es, expedir y notificar el acto administrativo principal, pues éste es el que resuelve de fondo el proceso sancionatorio, define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y concreta la expresión de voluntad de la Administración.

De lo anterior, se concluye que la Jurisprudencia vigente de la Sala Plena del Consejo de Estado en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria, señala que dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad competente debe concluir únicamente la actuación administrativa expidiendo y notificando el acto que resuelve la situación disciplinaria del encartado sin que comprenda en ella la resolución de los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción disciplinaria al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa.

En este orden de ideas, dado que el Procurador General de la Nación profirió el Fallo Disciplinario de Única Instancia el 1° de octubre de 2010, con el cual agotó la vía administrativa, la acción disciplinaria, contrario a lo manifestado por el demandante, no había prescrito en la medida en que, el plazo para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado vencía el 25 de octubre de 2010, fecha en la cual se cumplían los cinco (5) años otorgados por la ley para para culminar el trámite sancionatorio."

Posteriormente el Consejo de Estado, Sesión Segunda, Subsección A, en sentencia de 30 de junio de 2016, nuevamente se pronunció en cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002; en esta oportunidad la Sala reiteró que la autoridad disciplinaria impone la sanción e interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con el que resuelve los recursos interpuestos contra éste. Así señaló la providencia:

"En torno a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria y la interrupción del término prescriptivo, esta Subsección ha sostenido:

"De la lectura de la norma transcrita, la Sala observa que el legislador sólo precisó el momento en que se empieza a contar el término de prescripción de los cinco años, mas no señaló los eventos ni el momento en que se entiende interrumpido.

Ante tal vacío jurídico propiciado por la norma, esta Corporación señaló:

En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. És este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía

Página 17 de 19

RESOLUCIÓN No. 0351

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado (...).

Lo anterior quiere decir que, para efecto de la interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria, no basta con la expedición del acto principal sino que además es necesaria la notificación del mismo para que surta plenos efectos jurídicos. Lo expuesto por cuanto si la finalidad de la creación de los términos de prescripción es la necesidad de buscar la certidumbre jurídica de los derechos, es lógico que solo se llega a tener certeza de éstos, cuando el administrado conoce su situación jurídica, es decir, cuando se le notifica de la providencia que la resuelva.

En definitiva, los cinco años de prescripción de la acción disciplinaria se empiezan a contabilizar para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y en las de carácter permanente o continuada, desde la realización del último acto, y se interrumpe con la debida notificación al disciplinado de la providencia que defina la situación jurídica."

De esta manera es claro, que para el Consejo de Estado como máxima autoridad en materia contencioso administrativa, el término de prescripción de la acción disciplinaria consagrado en el párrafo segundo del artículo 30 de la Ley 734 de 2002 se interrumpe con la notificación del fallo de primera o única instancia.

En el caso en concreto debe señalarse que el término de prescripción comenzó a contabilizarse el 17 de febrero de 2017, fecha en la cual se ordenó la apertura de la investigación disciplinaria, razón por la cual, en principio, el término de prescripción se presentó el 17 de febrero de 2022, fecha en la cual no se había realizado la notificación del fallo de primera instancia.

Sin embargo, en virtud del Decreto Legislativo N° 564 de 2020, los términos de prescripción se suspendieron desde el 16 de marzo de 2020 y hasta el 01 de julio de 2020, día en el que el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo N° PCSJA20-11567 los levantó. Así las cosas, al término señalado debe sumársele los términos de prescripción que fueron suspendidos que fueron un total de 107 días.

Al contabilizar los 107 días demás derivados de la suspensión de términos de prescripción, se tiene que el término definitivo de prescripción era el tres (03) de junio de 2022. La notificación del fallo disciplinario de primera instancia se efectuó el diez (10) de mayo de 2022, por lo que para ese día no había operado la prescripción disciplinaria.

Así las cosas, y al haberse resuelto todos y cada uno de los puntos propuestos en la apelación, y al no haber prosperado ninguno, este despacho confirmará integralmente el fallo de primera instancia proferido el pasado 04 de mayo de 2022, por parte del Secretario General del I.C.B.F.

En mérito de lo expuesto la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF,

Página 18 de 19

RESOLUCIÓN No. 5354

16 NOV 2022

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado JOSÉ EUSEBIO BAENA CANO contra la decisión que lo declaró responsable disciplinariamente, con una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses".

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia proferida por Secretario General del I.C.B.F. que declaró la responsabilidad disciplinaria de la servidora pública **JENNY PÉREZ ACOSTA - DEFENSORA DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 15 y GRADO 17 REGIONAL GUAVIARE GRUPO DE ASISTENCIA TÉCNICA**, imponiéndole una sanción consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO** por el término de dos (02) meses.

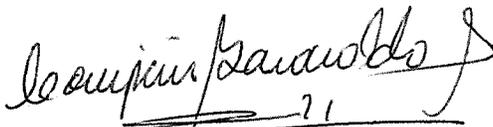
SEGUNDO COMISIONAR a la Oficina de Control Interno Disciplinario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF para que adelante las notificaciones correspondientes a los sujetos procesales.

TERCERO: COMISIONAR a la Oficina de Control Interno Disciplinario del ICBF, para que **COMUNIQUE** la presente decisión a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y la Procuraduría Regional de Antioquia y en consecuencia, se realicen las anotaciones de rigor.

CUARTO: Devuélvase el expediente a la Oficina de Origen para que cumpla con lo aquí dispuesto.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **16 NOV 2022**



CONCEPCIÓN BARACALDO ALDANA
Directora General



Aprobó: Édgar Leonardo Bojacá Castro Jefe Oficina Asesora Jurídica / María Mercedes López Mora Asesora Dirección General



