

PROCESO DISCIPLINARIO - Control de legalidad y constitucionalidad / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Verificar la prueba recaudada en el trámite disciplinario / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Debido proceso y presunción de inocencia

La Sala ha demarcado el alcance de la competencia disciplinaria en materia judicial con la afirmación, que la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, ni de la interpretación como si se tratara de una tercera instancia. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que esta sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

DEFENSORA DE FAMILIA - Función de formular denuncia penal cuando advierta que el niño (a) o adolescente ha sido víctima de un delito / FALTA GRAVISIMA - Omitir formular denuncia penal / DESVIACION DE PODER – Estudio para determinarlo. No procede

El cargo disciplinario fue puntual: omisión de denuncia a la cual estaba obligada p en el artículo 82 numeral 16, *“Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito”*. Todo lo anterior permite a la Sala llegar a las siguientes conclusiones respecto del cargo de desviación de poder: 1. Si bien la indagación preliminar se aborda con el Oficio 060413 de 24 de septiembre de 2009 remitido por la Delegada de la Procuraduría para la Infancia y la Adolescencia en donde pone de relieve a raíz de la muerte de Brenda Melisa Vanegas, tres puntos y uno de ellos toca con la Defensora Mateus por la falta de denuncia, esta buscó *“verificar la ocurrencia de las conductas, determinar si estas son constitutivas de faltas disciplinarias e identificar e individualizar a los servidores públicos que han intervenido en ellas”*. 2. Y precisamente el resultado de la anterior pesquisa dio lugar al inicio del proceso disciplinario por omisión de denuncia en contra de la Defensora de Familia Clara Piedad Mateus con el resultado que ya se conoce. 3. Encuentra la Sala, que si bien todas las circunstancias que rodearon el triste y lamentable hecho de la muerte de Brenda Melisa Vanegas fueron ventiladas por el programa 7° día y que ello generó que la Procuraduría pusiera en alerta a la Institución y esta a su vez iniciara la investigación disciplinaria en contra de la Defensora Mateus, hay un hecho objetivo y real que refleja que efectivamente esta funcionaria omitió la denuncia a que estaba obligada *-por las normas ya citadas-* por el posible maltrato infantil de que era objeto la menor y que fue resaltado en las pruebas que se relacionaron como soporte del auto de cargos y luego en las decisiones disciplinarias. 4. Ello indica que no hubo desviación de poder, sino efectivamente la violación de un deber funcional, no obstante, que la defensora cuestionada hubiera adelantado todo el proceso administrativo conforme a la ley de Infancia y Adolescencia para decretar la adaptabilidad de la niña Vanegas y que ello hubiera sido homologado

por el Juez 15 de Familia en la decisión de junio 3 de 2009 or el ejercicio de su función al encontrar un posible delito en menor de edad.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 48 NUMERAL 4 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 48 NUMERAL 13 / LEY 1098 DE 2006 - ARTICULO 82

DEBIDO PROCESO – Derecho de no autoincriminarse / VALORACION DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO - No es una tercera instancia. Solo se revisaran si hubo violación al debido proceso o si fueron obtenidas de manera ilegal

Reiteró como lo expuso en los hechos de la demanda, que se quebrantó el debido proceso porque en la indagación preliminar se le vinculó como testigo, lo que hizo que se le recibiera declaración bajo juramento a sabiendas de que era la funcionaria contra la cual habían interpuesto la queja, violando la prohibición contenida en el artículo 33 del la C.P y el 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos, negándosele el derecho de no autoincriminación y a ser oída con las debidas garantías en tanto se le impidió rendir versión libre y a presentarse con apoderado. De otra parte, no se valoraron imparcialmente las pruebas aportadas por la disciplinada, ni los testimonios de los expertos del I.C.B.F respecto del tratamiento psicoterapéutico al que debía estar sometida la menor y su madre, dándole un valor diferente y discriminatorio a la actuación de la defensora Mateus Blanco con el fin de retirarla del servicio. Sobre la autoincriminación a que fue sometida la actora en la indagación preliminar encuentra la Sala, que el punto fue resuelto desde el fallo de 1ª instancia al excluir tal declaración jurada del soporte probatorio que sirvió de fundamento para la sanción y lo mismo reiteró la alzada. Esta afirmación es visible en la lectura de los fallos en donde se avizora que la violación al deber funcional endilgado tiene una columna probatoria diversa a esa prueba preliminar. En ese orden de ideas se negará la violación al debido proceso por tal concepto. La segunda parte de este planteamiento hace relación a que no se hizo una valoración “imparcial” de las pruebas; por lo que debe advertir este juez que no es este un cargo válido en esta instancia judicial como se explicó en el aserto correspondiente, toda vez, que el juicio de legalidad no es una tercera instancia y en materia probatoria solo es viable la revisión de las pruebas cuando estas han sido obtenidas de manera ilegal o con violación al debido proceso y no es precisamente ese el cuestionamiento enrostrado, por consiguiente, se negará por improcedente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00025-00(0055-11)

Actor CLARA PIEDAD MATEUS BLANCO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por **CLARA PIEDAD MATEUS BLANCO** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**.

Artículo I. I. ANTECEDENTES

La actora por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., para que se declare la nulidad del acto administrativo integrado por el fallo verbal 336 de 30 de noviembre de 2009, la Resolución 5515 de 7 de diciembre del mismo año que resolvió negativamente el recurso de apelación y la Resolución 0590 de febrero 3 de 2010 que ejecutó la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general para ejercer la función pública por 11 años, proferido por la Oficina de Control Interno Disciplinario.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de similar categoría, con el pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás beneficios económicos derivados de su asignación básica y que haya dejado de devengar desde el momento de su vinculación hasta su regreso, con la declaración de que no ha existido solución de continuidad y con los ajustes de valor; además, que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.

1. Soporte Fáctico.

Como **hechos** de la acción señaló:

Que el 16 de enero de 1996 fue vinculada al I.C.B.F., como defensora de familia Código 2125 Grado 15, Regional Bogotá Centro Zonal Barrios Unidos, y luego en el Centro Zonal Santa Fe hasta el 3 de febrero de 2010, fecha en la que se hizo efectiva la sanción de destitución materia de esta demanda.

Que en cumplimiento de sus funciones el 14 de enero de 2008, avocó conocimiento y profirió auto de apertura de investigación dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña Brenda Melisa Vanegas Jiménez, con fundamento en el informe remitido por el Hospital El Tunal, que certificó el ingreso de la menor el 9 de enero de ese mismo año en graves condiciones de salud, por aparente maltrato. En la misma fecha dispuso la medida de protección provisional ubicándola en un hogar sustituto dependiente de la Fundación CRAN. Se ordenó además, valoraciones e investigaciones socio-familiares, se citaron a los representantes legales (padres), comenzando con la madre biológica, a quien se le solicitó que formulara la denuncia penal –de acuerdo a la metodología del Instituto y la Fundación para concientizar a la madre de su rol y su responsabilidad con la niña-, por los hechos ocurridos de violencia intrafamiliar, quien afirmó que la menor sufrió un accidente al rodar por unas escaleras, estando bajo el cuidado de su padre, mientras ella se bañaba; luego se continuó con el procedimiento previsto en la Ley 1098 de 2006 hasta proferirse Resolución de Declaración de Abandono, decretándose en situación de adoptabilidad el 18 de diciembre de 2008, la cual fue sometida a control de legalidad de homologación el 5 de febrero de 2009 y fue revisado todo el proceso adelantado por el Juez Quince de Familia, quien avaló el citado acto el 3 de junio de 2009, por encontrar “... que la tramitación realizada en este asunto se cumple a cabalidad conforme al ordenamiento legal establecido en el Código de la Infancia y de la Adolescencia, y en tal virtud accederá a la homologación solicitada por el Defensor Zonal de Santafé con la coadyuvancia del Ministerio Público...”

Que la Procuradora Delegada para la Defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, el 24 de septiembre de 2009 solicitó al I.C.B.F., se investigara a la actora, atendiendo lo advertido por la Procuradora 31 judicial de Familia después de 6 meses de su actuación dentro del proceso administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de la citada niña, quien durante la etapa de homologación –marzo 10 de 2009, manifestó entre otras cosas que “...No se debe homologar...no está probado el hecho del maltrato de la niña Brenda Melisa, efectivamente aparece que la niña sufrió una lesión grave, que su padre la maltrataba y su madre lo permitía, pero en el expediente no existe documento que determine que el ICBF presentó denuncia penal por el presunto maltrato de la niña que ocasionó el ingreso al Hospital con tan grave lesión...”, concepto que no prosperó al no ser tenido en cuenta por el funcionario

competente. Con fundamento en la anterior afirmación y habiendo transcurrido 6 meses de este pronunciamiento y coincidiendo con la muerte de la niña, es que la Procuradora Delegada solicita que se inicien las diligencias disciplinarias; de otro lado, por el cierre del hogar sustituto a cuyo cargo se encontraba la menor y finalmente, por la responsabilidad del supervisor de contrato estatal de aportes frente a la contratación realizada con la Fundación CRAN, donde murió Brenda M. Vanegas el 11 de mayo de 2009.

Sin antecedentes en la entidad, la Directora General expidió la Resolución No. 2668 de 3 de julio de 2009, en la que decidió retirar del servicio a la doctora Mateus Blanco, por hallarla dentro de una causal de inhabilidad sobreviniente para ejercer el cargo, el cual fue revocado el 10 de noviembre de 2009, por su evidente ilegalidad. La derogatoria del acto que desvinculó a la demandante es coincidente con la fecha de las resoluciones disciplinarias cuya causal fue la omisión de denuncia, de donde se advierte claramente el deseo del nominador de retirarla con clara desviación de poder y en detrimento de sus derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa.

Aduce, que el trámite disciplinario no tuvo en cuenta la prueba testimonial, en especial la rendida por los profesionales idóneos pertenecientes al grupo psicoterapéutico tanto del I.C.B.F. como de la CRAN, que atendieron el caso de Brenda Melisa Vanegas y su grupo familiar, según los cuales no era conducente, ni conveniente desde el inicio del proceso de restablecimiento de derechos avisar a las autoridades del maltrato infantil, por cuanto uno de los derechos fundamentales de los niños es tener y estar con su familia biológica y encontrándose en la etapa final del proceso ocurrió la muerte de la niña. Tampoco se valoró en debida forma la prueba documental que demostró el lleno absoluto y puntual de la gestión que como defensora de familia asumió y que fue homologado por el juez 15 de familia, de manera que desconocieron un fallo judicial, además de violar el artículo 129 de la Ley 734 de 2002.

Relata, que se desató una persecución administrativa en su contra al ser publicitado en el espacio televisivo "SÉPTIMO DÍA", en donde se denunció de manera sensacionalista el hecho, utilizando como protagonista del programa a la madre de la menor, quien reclamaba la muerte de su hija dentro de un hogar sustituto a cargo del mismo Bienestar Familiar, de lo que se infiere, que la representante legal buscó salvaguardar la imagen del Instituto mostrando una

reacción diligente y preocupada.

Considerar que la defensora de familia Clara Piedad Mateus, pudiera hacer diferida su responsabilidad un año después de su intervención legítima y plena, entrelazándola con acto ajeno y accidental que le produjera lesiones y la muerte a la niña Brenda Melisa, no es solamente un despropósito en el análisis legal sobre responsabilidad hecha por el juzgador, sino una absoluta iniquidad e injusticia con una servidora que demostró coherencia, idoneidad y dedicación en su tarea.

Advierte, que desde la indagación preliminar se vulneró el debido proceso, porque fue vinculada como testigo lo que impidió que designara un defensor, tampoco fue oída en versión libre, es decir, no se cumplió con el objeto de la indagación preliminar, que es individualizar el autor, porque ella era plenamente conocida y así lo señaló la queja.

De ahí en adelante relata que se aceleraron todas las actuaciones en detrimento de su derecho al debido proceso y al derecho de defensa.

2. Normas violadas y concepto de violación.

2.1 Constitución Nacional artículos 2, 4, 25, 29, 33, 53 y 93.

Código Contencioso Administrativo, Arts. 2 y 84

Ley 734 de 2002 artículos 6, 17, 97, 128, 129, 140, 150, 161, 175 y 181.

Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968.

Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8.

El concepto de violación lo desarrolla desde los cargos de desviación de poder y violación al debido proceso.

3. Contestación de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como

excepciones la inexistencia o falta de causa para demandar y la genérica sustentadas en la respuesta a los hechos.

Afirmó, que la defensora Mateus Blanco, siempre tuvo conocimiento de las declaraciones rendidas por los testigos que señalaron la existencia de varios hechos objetivos que advertían a la funcionaria la necesidad de denunciar la conducta delictiva de la que estaba siendo víctima la menor Brenda Melisa Vanegas, por lo que lo que debió impulsar la denuncia penal, dado que esas lesiones la llevaron a la muerte.

Sobre la resolución que la retiró del servicio señaló, que la entidad expidió las resoluciones disciplinarias con el soporte conferido por el numeral 2 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, que es una norma disciplinaria de carácter especial, que exige entre otros requisitos para ser defensor de familia no tener antecedentes penales ni disciplinarios.

Expone uno a uno los argumentos esgrimidos en sede administrativa y que se repiten en esta, para defender la posición de la entidad.

4. Alegatos

4.1 Del demandante

Insiste en la nulidad de los actos, toda vez, que ellos se cubrieron con un manto de legalidad cuando lo único que pretendían era mostrar una institución eficiente en términos de decisiones ante el escándalo por la muerte de Brenda Melisa en un hogar de paso de la entidad, entonces, en la típica cacería de brujas buscó la cadena más débil y visible que era la defensora de familia como así lo demuestran las pruebas. En general ratifica los argumentos expuestos en la demanda (fls. 194-199).

4.2 De la demandada

No se pronunció en esta etapa procesal.

4.3 Concepto del Ministerio Público

Tampoco el Ministerio Público conceptuó en el caso bajo estudio.

5. Trámite procesal

Por medio del proveído de 25 de febrero de 2010, el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, remitió a esta Corporación por competencia funcional el asunto que se tramita (fl.89 del c.p). Por asignación de reparto, este Despacho admitió la demanda mediante auto de 28 de enero de 2011 (fl. 94-95).

Agotado el trámite procesal y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado¹, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa consistente en la destitución del cargo e inhabilidad general por 11 años, expedida por una autoridad nacional, como es, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2. Acto demandado:

Es un acto complejo conformado por la decisión de 30 de noviembre de 2009 proferido dentro del proceso verbal No. 336 por la Oficina de Control Interno disciplinario del I.C.B.F., que la declaró responsable y le impuso a Clara Piedad Mateus Blanco, una sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por 11 años; la Resolución No. 5515 de 7 de diciembre de 2009, que le resolvió en forma negativa el recurso de apelación y la Resolución No. 0590 de febrero 3 de 2010 que ejecutó la sanción.

3. Cuestión previa

¹ La Sección Segunda, en auto del 18 de mayo de 2011, expediente NI.0145-10, Actor: Anastasio Avendaño Tangarife., Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, asumió la competencia para conocer de las sanciones disciplinarias administrativas relacionadas con el retiro temporal o definitivo del servicio, esto es, de las destituciones y suspensiones en el ejercicio del cargo, cuando éstas provengan de una autoridad del orden nacional.

Las excepciones propuestas son de mérito, es decir, que tienen que ver con el fondo del asunto y por ende se resolverán con la sentencia.

En cuanto a la solicitud de nulidad de la Resolución N°. 0590 de febrero 3 de 2010, expedida por la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar que hizo efectiva la sanción, como reiteradamente se ha dicho, por tratarse de un acto de ejecución no tiene control jurisdiccional, por manera, que sobre éste no habrá pronunciamiento de fondo.

Previo a plantear el problema jurídico se recordará el marco de la competencia de esta jurisdicción en el control disciplinario.

4. Competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en materia disciplinaria.

La Sala ha demarcado el alcance de la competencia disciplinaria en materia judicial² con la afirmación, que la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, ni de la interpretación como si se tratara de una tercera instancia.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que esta sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica

² Entre otros, Rad # 2274-08; 0032-2010 M.P. Gustavo E. Gómez A; 0083-2010, 2429-08 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa³.

De otro lado, es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros.

En suma, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, de la desproporción e irrazonabilidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley.

Dentro de este marco se resolverán los cargos propuestos.

5. Problema jurídico.

Conforme al supuesto de nulidad, la Sala debe resolver dos problemas jurídicos: el primero, si hubo **desviación de poder**, dado que el verdadero propósito del proceso disciplinario adelantado contra la actora fue mostrar ante la ciudadanía – por la presión de los medios- una imagen eficiente del I.C.B.F. ante la muerte de la menor Brenda Melisa Vanegas en un hogar sustituto de Bienestar Familiar y en segundo lugar, si hubo **violación al debido proceso**, porque en la indagación preliminar se le recibió declaración bajo juramento siendo ella la directamente implicada en el caso por señalamiento de la Delegada de la Procuraduría y de otra parte, porque no se valoraron imparcialmente las pruebas aportadas por la disciplinada, ni los testimonios de los expertos del I.C.B.F.

5.1 De los cargos planteados.

5.1.1 En materia disciplinaria: se hizo la siguiente imputación de naturaleza fáctica, jurídica y de calificación de la falta, como se deriva del pliego de cargos (fls. 184-185 cdno # 8).

“Conducta atribuible a la servidora pública Clara Piedad Mateus.

³ Rad No. 1384-06 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

Allegada la historia socio familiar de la niña BRENDA MELISA VANEGAS JIMÉNEZ, se encuentra que la razón por la que ingresó al programa de restablecimiento de derechos del ICBF es la remisión del Hospital El tunal del caso de la pequeña quien se encuentra hospitalizada por trauma craneoencefálico debido al maltrato infantil propinado al parecer por su progenitor, fecha de información 11 de enero de 2008.

....

A pesar de la evidente situación de violencia intrafamiliar, lesiones personales de las que había sido sujeto pasivo la niña, el auto que dispuso la apertura de investigación fechada 14 de enero de 2008, no dispone denunciar los respectivos hechos a la Fiscalía General de la Nación”.

Posteriormente tampoco se encuentra actuación por parte de la Defensoría de Familia, en la que denunciara los respectivos hechos al ente penal a pesar de la advertencia y solicitud efectuada por el Centro Integral contra la Violencia Intrafamiliar.

....

El 18 de diciembre de 2008, la Dra. CLARA PIEDAD MATEUS BLANCO, decreta en situación de adoptabilidad a la niña BRENDA MELISA VANEGAS JIMÉNEZ, y en su parte resolutive nuevamente omite denunciar los respectivos hechos a la Fiscalía General de la Nación.

...

Es claro entonces, que había serios elementos de juicio que indicaban que le asistía a la Dra. CLARA PIEDAD MATEUS, como responsable y directora del proceso administrativo de restablecimiento de derechos (art. 81.1 Ley 1098 de 2006) y por expresa disposición legal, artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 numeral 16, que le señala el deber funcional de formular denuncia penal cuando advierta que el niño ha sido víctima de un delito; deber que incumplió cuando al proceder a ordenar la apertura de investigación y durante todo el curso del proceso, no formuló la respectiva denuncia penal, inclusive cuando se le advirtió por parte del Centro de Atención Integral contra la Violencia Intrafamiliar CAVIF, que era un delito perseguible de oficio y se requería de la actuación por parte de la Defensoría para actuar, esto es, el denuncia penal respectivo y las pruebas que estaban en su poder. No obstante, no se formuló denuncia ni remitió a la niña oportunamente a Medicina Legal para que emitiera el dictamen respectivo (numeral 1° artículo 82 Ley 1098 de 2006).

...

Por lo anterior, la Dra CLARA PIEDAD MATEUS BLANCO, al interior del proceso de restablecimiento de derechos a favor de la niña BRENDA MELISA VANEGAS JIMÉNEZ, omitió el deber de denunciar penalmente la situación de lesiones físicas, presunto abuso sexual, y violencia intrafamiliar, que presentaba la niña durante su estancia (sic) en su hogar, informada por el hospital El Tunal, soportada en informes médicos”.

....

CARGO PRIMERO: Usted **CLARA PIEDAD MATEUS BLANCO**, en su calidad de Defensora de Familia asignado al Centro Zonal Santa Fe de la Regional Bogotá del ICBF, desde el día 18 de enero de 2008 (fecha en que recibió comunicación de la Fiscalía General de la Nación de la no recepción de la denuncia) y el 11 de mayo de 2009 (fecha de fallecimiento de BRENDA MELISA), omitió formular denuncia penal por los hechos en los que advirtió que la niña BRENDA MELISA VENEGAS (sic) Jiménez había sido sujeto pasivo de un delito, al ingresar al programa de restablecimiento de derechos por información de trabajado (sic) social del hospital El Tunal respaldada en información del equipo médico que indicaba que la infante había sido objeto de Trauma craneoencefálico, politraumatismo, hematomas en varia parte del cuerpo, hemorragia retinas, maltrato infantil, sospecha de abuso sexual y violencia intrafamiliar”.

Imputación jurídica: Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o **delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.**

Ley de Infancia y adolescencia, Ley 1098 de 2006.

ARTÍCULO 82. FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA.
Corresponde al Defensor de Familia: 16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito”.

Calificación de la Falta: Gravísima según en numeral 13 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. **imputación objetiva:** Falta Gravísima.

5.2. En materia judicial.

Los cargos planteados en la demanda corresponden a la **desviación de poder**, sustentado en que el verdadero propósito del proceso disciplinario adelantado contra la actora fue mostrar ante la ciudadanía –por la presión de los medios- una imagen eficiente del I.C.B.F. ante la muerte de la menor Brenda Melisa Vanegas en un hogar sustituto de Bienestar Familiar y en segundo lugar, **violación al debido proceso**, porque en la indagación preliminar se le recibió declaración bajo juramento siendo que Clara Piedad Mateus era la directamente implicada por señalamiento de la Delegada de la Procuraduría; de otra parte, porque no se valoraron imparcialmente las pruebas aportadas por la disciplinada, ni los testimonios de los expertos del I.C.B.F.

5.2.1. Desviación de poder.

Como ya se señaló, está soportada en que la administración del I.C.B.F. se valió de un proceso disciplinario con apariencia de legalidad para retirar a la actora, utilizando este sistema jurídico con una finalidad distinta a la señalada en la ley. Ello se prueba con la expedición de la Resolución 2368 en la cual retira del servicio a la actora basándose en normas totalmente inaplicables al caso y que fue revocada en el mismo mes en que ordenó la destitución.

De otro lado, vinculan a la Defensora con unos hechos ajenos a la actividad administrativa como fue la muerte de la menor Brenda Melisa Vanegas, a quien tras un proceso riguroso se le dispuso la medida de protección provisoria colocándola en un hogar sustituto, separándola así del riesgo que corría en su hogar de donde procedía su grave condición de salud, lo cual terminó con la resolución de adoptabilidad que fue homologada por el juez de familia, procedimiento que se ajustó a la ley, no obstante, la niña falleció en el hogar sustituto y esta noticia fue conocida por la opinión pública de manera sesgada y sensacionalista en detrimento del buen nombre del I.C.B.F., situación que podía ser justificada ante la ciudadanía con una sanción ejemplarizante atribuida a una servidora pública que no tuvo ninguna relación con el fatal desenlace. Esta situación dio lugar a se adelantaran actos de persecución en contra de la Defensora Mateus como se deja ver de la resolución previamente citada y en el proceso disciplinario.

La entidad responde oponiéndose a tal causal manifestando que expidió dichas resoluciones⁴ con base en el numeral 2 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006⁵, que es una norma de carácter especial.

Si bien es cierto que no hace una expresa referencia a la desviación de poder, analiza 3 aspectos del cargo enrostrado: del deber de advertir que la menor estaba siendo víctima de un delito, de la violación al derecho a la igualdad, de la antijuridicidad de la conducta.

Del deber de advertir: asegura que violó el C.D.U. porque conforme al artículo 48 numeral 4, era su deber denunciar las conductas punibles de las que conociera en razón de su cargo o función; además, la Ley 1098 de 2008 en el artículo 82, le imponía al Defensor de Familia, expresamente la obligación de denunciar penalmente cuando advirtiera la ocurrencia de un hecho ilícito del que estuviere siendo víctima un menor de edad. Afirma, que dada la historia socio familiar de la menor y la etiología del accidente debieron alertar a la funcionaria de una situación irregular, para denunciar el ilícito y no lo hizo.

En cuanto al derecho de igualdad: aduce, que no le asiste razón a la disciplinada cuando afirma que se violó este derecho fundamental porque no se investigó a otros funcionarios que podrían haber incurrido en la misma falta disciplinaria, toda vez, que la responsabilidad es individual y le corresponde a la autoridad competente hacerlo cuando corresponda.

Sobre la antijuridicidad de la conducta expresa, que la actora violó un deber funcional sin justificación, lo que hace referencia al concepto de ilicitud sustancial, que en este caso asevera, no solo se advirtió la comisión de la falta objetivamente, sino que indicó que se produjo un menoscabo en la función social que se le encarga, dado que se desprotegieron derechos de una menor ante la omisión de la funcionaria de denunciar las conductas delictivas que se cometieron en contra de Brenda Melisa Vanegas.

El entorno fáctico y jurídico reseñado será el marco para resolver este cargo, por lo que la Sala revisará las resoluciones expedidas y el fundamento

⁴ 2688 de 3 de julio de 2009 y 5515 de 7 de Diciembre del mismo año.

⁵ Artículo 80. Calidades para ser defensor de familia. Para ser defensor de familia se requieren las siguientes calidades: (...) 2. No tener antecedentes disciplinarios (...)

jurídico de las mismas y su decisión, para concluir, si estuvieron ajustadas al ordenamiento legal o si por el contrario, fueron producto de la presión de los medios de comunicación dando lugar a la causal de desviación de poder.

Respecto del disciplinario:

El cargo disciplinario fue puntual: omisión de denuncia a la cual estaba obligada por el ejercicio de su función al encontrar un posible delito en menor de edad. Prueba de ello advirtieron los fallos de instancia las siguientes:

- La historia socio familiar (HSF) de la niña Brenda Melisa Vanegas Jiménez, que informa que ingresó al programa de restablecimiento de derechos del ICBF el día 13 de enero de 2008 por remisión del Hospital El Tunal que notificó que padecía de trauma craneoencefálico, cuya evidencia denotaba maltrato físico emocional, posible sospecha de abuso sexual, fractura occipital, politraumatismo, hematomas, cuyo posible agresor pudo ser el padre y la madre al parecer cómplice del mismo. Señaló la sentencia de la 1ª instancia que este informe advertían el maltrato infantil y por tanto la defensora de familia estaba en la obligación de denunciar los hechos ante las autoridades penales (fls. 2- 5 cdno # 4).

-Información del CAVIF dirigido a la Dra Lydys del Carmen Romero, coordinadora del CAVIF, en donde indica que no se recibió denuncia sobre el caso de Brenda y que I.C.B.F. estaba en la obligación de remitirlo a la unidad dado que el delito de violencia intrafamiliar es perseguible de oficio y máxime cuando la niña es una menor de 2 años (Ley 1098 de 2006) (fls. 245- 248 cdno # 3).

- El 27 de marzo la Psicóloga del CRAN, Adriana Eugenia Galvis en oficio dirigido a la Defensora Clara Piedad Mateus sobre la valoración psicológica de la señora Francly Jiménez, madre de Brenda Melisa anota de manera textual:

“Durante la entrevista psicosocial se reformaron los hechos que dieron lugar al ingreso de BRENDA a la medida de restablecimiento de derechos, los cuales fueron relatados por la madre como un “accidente” con indecisión frente a la culpabilidad de su expareja por lo ocurrido. Expresó que desde aquel día el

señor OSCAR VANEGAS, padre de la niña, se fue de la casa y **que aunque ha pensado en denunciarlo no se ha animado a hacerlo...**” (fls. 58- 63 cdno # 4)

- No obstante señala el fallo, el 14 de mayo de 2008 la Defensoría de Familia decretó vulnerabilidad a favor de la niña BRENDA MELISA VANEGAS JIMÉNEZ (fls. 98- 101 cdno # 4), y recordó que según el informe de la CRAN, no se había presentado la denuncia penal contra el posible agresor por parte de la mamá de la menor y además, que la menor tenía antecedentes clínicos de hospitalización por trauma craneoencefálico por **posible maltrato infantil**, lo que indica para el operador disciplinario, que la Defensora tenía claro desde un inicio que había maltrato y que parte de ello sirvió para sustentar su decisión.

- Argumenta entonces el fallo del Jefe de Control Interno, que si bien se instó a la madre a colocar el denuncia finalmente esta no lo colocó, lo que indica que la omisión no se predicó de un solo momento, sino a lo largo de todo el proceso de restablecimiento de derechos, o sea, desde el 18 de enero de 2008 fecha en que se recibió la comunicación de la Fiscalía General de la Nación de la no recepción de la denuncia y el 11 de mayo de 2009, fecha de fallecimiento de Melisa (fls. 2-12 cdno ppal).

La norma violada como ya se citó en el acápite pertinente corresponde al artículo 48 numeral 4° del C.D.U., que consagra entre otros verbos rectores la omisión de delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función. Por otro lado, respecto de los defensores públicos se estipula dentro de sus funciones en el artículo 82 numeral 16, *“Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito”*.

Todo lo anterior permite a la Sala llegar a las siguientes conclusiones respecto del cargo de desviación de poder:

1. Si bien la indagación preliminar se aborda con el Oficio 060413 de 24 de septiembre de 2009⁶ remitido por la Delegada de la Procuraduría para la Infancia y la Adolescencia en donde pone de relieve a raíz de la muerte de Brenda Melisa Vanegas, tres puntos y uno de ellos toca con la Defensora Mateus por la falta de denuncia, esta buscó *“verificar la ocurrencia de las conductas, determinar*

⁶ Fl. 3 del Cuaderno # 2

si estas son constitutivas de faltas disciplinarias e identificar e individualizar a los servidores públicos que han intervenido en ellas” (fl. 54-56 cdno # 2).

2. Y precisamente el resultado de la anterior pesquisa dio lugar al inicio del proceso disciplinario por omisión de denuncia en contra de la Defensora de Familia Clara Piedad Mateus con el resultado que ya se conoce.

3. Encuentra la Sala, que si bien todas las circunstancias que rodearon el triste y lamentable hecho de la muerte de Brenda Melisa Vanegas fueron ventiladas por el programa 7° día y que ello generó que la Procuraduría pusiera en alerta a la Institución y esta a su vez iniciara la investigación disciplinaria en contra de la Defensora Mateus, hay un hecho objetivo y real que refleja que efectivamente esta funcionaria omitió la denuncia a que estaba obligada *-por las normas ya citadas-* por el posible maltrato infantil de que era objeto la menor y que fue resaltado en las pruebas que se relacionaron como soporte del auto de cargos y luego en las decisiones disciplinarias.

4. Ello indica que no hubo desviación de poder, sino efectivamente la violación de un deber funcional, no obstante, que la defensora cuestionada hubiera adelantado todo el proceso administrativo conforme a la ley de Infancia y Adolescencia para decretar la adaptabilidad de la niña Vanegas y que ello hubiera sido homologado por el Juez 15 de Familia en la decisión de junio 3 de 2009 (fls. 61-64).

5. Tampoco es indicativo de tal causal, que el Instituto no haya iniciado otros procesos disciplinarios por la misma razón a otros funcionarios como lo aseveró la actora, porque las responsabilidades son individuales y particulares frente a los deberes y si se falla en uno de ellos se convierte en sujeto disciplinable.

6. Los argumentos expuestos en las decisiones disciplinarias están ajustados a las pruebas y a las normas que lo soportaron.

7. En cuanto a la Resolución No. 2668 de 3 de julio de 2009 que retiró del servicio a la actora y que luego fue revocada al resolver un recurso de reposición, observa la Sala, que tuvo otros fundamentos y se produjo antes de la indagación preliminar y de la investigación disciplinaria aunque después de la

muerte de la niña, sin que ello demuestre un nexo causal directo que enerve la causal de desviación de poder invocada.

En este orden de ideas, el cargo por los conceptos analizados no tiene vocación de prosperidad.

5.2.2. Violación al debido proceso.

Reiteró como lo expuso en los hechos de la demanda, que se quebrantó el debido proceso porque en la indagación preliminar se le vinculó como testigo, lo que hizo que se le recibiera declaración bajo juramento a sabiendas de que era la funcionaria contra la cual habían interpuesto la queja, violando la prohibición contenida en el artículo 33 del la C.P y el 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos, negándosele el derecho de no autoincriminación y a ser oída con las debidas garantías en tanto se le impidió rendir versión libre y a presentarse con apoderado. De otra parte, no se valoraron imparcialmente las pruebas aportadas por la disciplinada, ni los testimonios de los expertos del I.C.B.F respecto del tratamiento psicoterapéutico al que debía estar sometida la menor y su madre, dándole un valor diferente y discriminatorio a la actuación de la defensora Mateus Blanco con el fin de retirarla del servicio.

Sobre la autoincriminación a que fue sometida la actora en la indagación preliminar encuentra la Sala, que el punto fue resuelto desde el fallo de 1ª instancia al excluir tal declaración jurada del soporte probatorio que sirvió de fundamento para la sanción y lo mismo reiteró la alzada. Esta afirmación es visible en la lectura de los fallos en donde se avizora que la violación al deber funcional endilgado tiene una columna probatoria diversa a esa prueba preliminar. En ese orden de ideas se negará la violación al debido proceso por tal concepto.

La segunda parte de este planteamiento hace relación a que no se hizo una valoración "imparcial" de las pruebas; por lo que debe advertir este juez que no es este un cargo válido en esta instancia judicial como se explicó en el aserto correspondiente, toda vez, que el juicio de legalidad no es una tercera instancia y en materia probatoria solo es viable la revisión de las pruebas cuando estas han sido obtenidas de manera ilegal o con violación al debido proceso y no es precisamente ese el cuestionamiento enrostrado, por consiguiente, se negará por improcedente.

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

F A L L A:

DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

RECONÓCESE a la doctora Viviana Paola Pulido Suárez, como apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar, en los términos y para los fines del poder obrante a folio 205 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN