

T-215-15

Sentencia T-215/15

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-
Protección constitucional

La protección especial que merecen los niños debe ser reforzada cuando se trata de menores que presentan algún tipo de discapacidad física o mental, en razón a que se ven expuestos a una mayor condición de vulnerabilidad, motivo por el cual deben recibir un amparo prioritario, pronto y eficaz. El Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los niños que sufren algún tipo de discapacidad física o mental y de garantizar que se les brindará un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema pasa a un segundo plano, pues lo que debe primar son las garantías fundamentales de los menores.

DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES-Alcance, finalidad y límites constitucionales

HOGAR GESTOR PARA POBLACION CON DISCAPACIDAD-Modalidad de apoyo y fortalecimiento
a la familia con niños en situación de discapacidad

El ICBF ha desarrollado determinadas modalidades, dentro de las cuales se incluye la de Hogar Gestor para Población con Discapacidad. Esta consiste en realizar un acompañamiento, asesoría y apoyo económico para el fortalecimiento familiar de aquellos menores de edad en condición de amenaza o vulneración con discapacidad o enfermedad especial, que se encuentren en extrema pobreza, cobijando a su vez a mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta, para que la familia, con la ayuda que brinda el Estado, asuma la protección integral del niño.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE MENOR CON DISCAPACIDAD-Orden al ICBF,
incluir nuevamente a menor en la modalidad Hogar Gestor para la Población con
Discapacidad

Referencia: Expediente T-4.647.464

Accionante: Elida Rosa Gómez Torrado, en representación de Sara Tatiana Pacheco Gómez

Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la Alcaldía Municipal de Tibú

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibú, en el trámite de la acción de tutela promovida por Elida Rosa Gómez Torrado, en representación de Sara Tatiana Pacheco Gómez, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la Alcaldía Municipal de Tibú.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Doce, por medio de auto del 9 de diciembre de 2014 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Elida Rosa Gómez Torrado, en representación de Sara Tatiana Pacheco Gómez, presentó acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la Alcaldía Municipal de Tibú, para que fueran protegidos los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor, los cuales considera vulnerados, al ser excluida del programa de restablecimiento de los derechos de los niños en la modalidad Hogar Gestor.

2. Hechos

Pueden resumirse, así:

2.1 Elida Rosa Gómez Torrado, abuela materna de Sara Tatiana Pacheco Gómez de 14 años de edad y en quien reposa la custodia de la menor, manifiesta que la niña desde su nacimiento padece de parálisis cerebral infantil con retraso psicomotor avanzado, lo que reduce su movilidad a permanecer en cama o en una silla de ruedas, necesitando de alguien para satisfacer sus necesidades básicas.

2.2 El 1º de octubre de 2010, a través de Auto de Apertura de Restablecimiento de Derechos y de la Resolución No. 080 del mismo año, la Defensoría de Familia vinculó a la menor al programa de atención en medio familiar en Hogar Gestor, por un término de 3 meses, en principio, pero que luego fue objeto de distintas prórrogas, hasta el 31 de diciembre de 2013.

2.3 Toda vez que la situación psicosocial, económica y de vulnerabilidad de la niña al momento de su desvinculación seguía siendo muy precaria, aunado a su condición de víctima del conflicto armado por desaparecimiento forzado de su mamá y desplazamiento forzado, la accionante presentó una solicitud al ICBF requiriendo la continuidad de la menor en el mencionado programa.

2.4 El 16 de abril de 2014, la Coordinadora del Centro Zonal Tibú, encargado de prestar los mencionados servicios en dicho municipio, resolvió de manera negativa la solicitud que hiciera la actora, invocando el numeral 3 del Lineamiento del Hogar Gestor del 7 de mayo de 2007, el cual establece que el periodo de vinculación en dicha modalidad es de 2 años, prorrogables hasta por un año más, previo concepto del equipo de la autoridad competente.

2.5 Por tal motivo, la demandante considera que la entidad vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su nieta, pues fue desvinculada del programa sin tener en cuenta su condición de discapacidad, de víctima y de vulnerabilidad en la que actualmente se encuentra y, al negar su acceso y el de su núcleo familiar a los diferentes programas y proyectos existentes para superar este tipo de situaciones.

3. Pretensiones

La accionante solicita sean amparados los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor Sara Tatiana Pacheco Gómez y, en consecuencia, se permita el acceso de la niña a los diferentes proyectos, programas y subsidios que garanticen el goce efectivo de sus derechos.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia del registro civil de Sara Tatiana Pacheco Gómez (folio 3, cuaderno 2).
- Copia de la denuncia presentada por la accionante por la desaparición de la madre de Sara Tatiana Pacheco Gómez (folios 4 a 8, cuaderno 2).
- Documento suscrito por el defensor de familia del Centro Zonal Tibú, Norte de Santander, el 16 de agosto de 2012, a través del cual certifica que Elida Rosa Gómez Torrado mantiene la custodia y cuidados personales de Sara Tatiana, Karen Alexandra Pacheco Gómez y Michell Juliana Ríos Pacheco, como abuela materna de las menores (folio 9, cuaderno 2).
- Examen médico realizado a Sara Tatiana Pacheco, el 27 de octubre de 2010, en el que se describe la evolución de su condición de salud (folio 10, cuaderno 2).
- Copia de la Tarjeta de Identidad de Sara Tatiana Pacheco Gómez (folio 11, cuaderno 2).
- Copia la comunicación externa expedida por la Personería Municipal de Tibú, el 21 de junio de 2012, a través de la cual se informa a la Alcaldía del municipio que la accionante y su núcleo familiar se encuentran inscritos en el Registro Único de Población Desplazada (folio 12, cuaderno 2).
- Copia de la Cédula de Ciudadanía de Elida Rosa Gómez Torrado (folio 15, cuaderno 2).
- Copia de la respuesta otorgada por el ICBF, Regional Norte de Santander, Centro

Zonal Tibú, el 16 de abril de 2014, a la solicitud que hiciera la accionante correspondiente a una nueva inclusión de Sara Tatiana Pacheco Gómez al programa Hogar Gestor (folio 16, cuaderno 2).

5. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

5.1 Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, a través de su representante legal, solicitó excluir de responsabilidad a la entidad, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, señala que, luego de revisar la base de datos del Fosyga, la entidad pudo constatar que Sara Tatiana Pacheco Gómez pertenece al régimen subsidiado en salud y se encuentra afiliada a Caprecom EPS-S con estado actual activo. De igual manera, que una vez revisada la correspondencia del Instituto, no se encontraron registros de peticiones por parte de la mencionada EPS en las que solicite medicamento o tratamiento alguno en relación con los hechos de la tutela.

Por otra parte, sostiene que debido al diagnóstico de parálisis cerebral que padece la menor, quien debe garantizar el goce efectivo de sus derechos y acceso a la oferta institucional de servicios y programas, en relación con su enfermedad, es Caprecom EPS-S, entidad que, a su juicio, no ha cumplido con lo anterior. Aunado a esto, indica que los procedimientos que requiere la afectada se encuentran incluidos en el listado de procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, lo que reafirma la obligación de la EPS de cubrirlos.

Finalmente, advierte que, en el evento en que el servicio solicitado se encuentre excluido del POS, Caprecom EPS-S debe someter a consideración de un Comité Técnico Científico dicha petición y proceder a autorizar la prestación, contando con la posibilidad de recobrar al departamento el monto correspondiente.

5.2 De otro lado, la Alcaldía de Tibú, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela, con base en que:

El Centro Zonal de Tibú del ICBF es una entidad independiente de la Alcaldía y, por ende, esta última no tiene injerencia alguna en las decisiones que la primera toma. Por tanto,

quien debe argumentar la exclusión del programa Hogar Gestor es el ICBF.

Por otra parte, advierte que la entidad no tenía conocimiento sobre los hechos de la tutela y las precarias condiciones en que se encuentra la menor, al no haber recibido solicitudes en relación con lo anterior. Como consecuencia, remitieron el caso a la Secretaría de Desarrollo Social para su estudio y para que se adoptaran las medidas necesarias, motivo por el cual, afirma que no se le puede endilgar vulneración de derecho fundamental alguno a la Alcaldía.

5.3 La Personería Municipal de Tibú, manifiesta que la accionante y su núcleo familiar conformado por sus 3 nietas, se encuentran inscritas en el Registro Único de Víctimas como población desplazada.

A su vez, que la demandante es quien ejerce la custodia y cuidado de las niñas, incluida Sara Tatiana Pacheco, menor en condición de discapacidad, como consecuencia de la parálisis cerebral y el retraso psicomotor avanzado que padece y razón por la cual requiere de un tratamiento integral de salud, a cargo de las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Social, conforme con las Leyes 1098 de 2006, 100 de 1993 y la Constitución.

5.4 Por su parte, el ICBF, Regional Norte de Santander, Centro Zonal Tibú, por medio de su coordinadora, solicitó denegar el amparo pretendido bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifiesta que, el 1º de octubre de 2010, la Defensoría de Familia protegió a Sara Tatiana Pacheco con medida de Restablecimiento de Derechos, en la modalidad Hogar Gestor, por un término de 3 meses. Posteriormente, la vinculación fue objeto de ciertas prórrogas, cada una por un lapso de 6 meses, a saber: el 1º de enero, el 30 de junio y el 7 de diciembre de 2011; el 12 de enero y 30 de junio de 2012; el 11 de enero y 3 de julio de 2013 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Señala a su vez, que a la menor se le brindó esta protección aunque para la época el Centro contaba únicamente con 4 cupos destinados para atender a la población discapacitada, aunado a que, conforme con lo informado por la Asociación de Discapacitados del Catatumbo este grupo ascendía a 2.338 personas en el municipio, de las cuales 95 hacen parte del área urbana.

Sostiene que, atendiendo a lo anterior, la niña fue de las únicas personas en esta condición a la que se le han brindado tantos privilegios, por ende, no se puede predicar una exclusión. No obstante, aduce que el Lineamiento Técnico por el cual se rige el mencionado programa, establece que la permanencia en esta modalidad debe ser de 2 años, prorrogables por un año más, término que se encuentra sujeto al concepto de la Defensoría de Familia y su Equipo Técnico Interdisciplinario “que debe desarrollar estrategias y acciones encaminadas a la preparación de la familia para la salida del Hogar Gestor, a partir del cumplimiento de los objetivos”, como lo son el fortalecimiento de las familias de los niños en condición de discapacidad, al igual que su consolidación a nivel individual y social.

De igual manera, afirma que los derechos de Sara Tatiana se encontraban protegidos “y que la no continuidad en el programa se debió a la culminación del término del mismo y su prórroga, como lo estipula el lineamiento”. Por tanto, no se evidenciaba vulneración de los derechos fundamentales de la afectada, pues a su vez, al encontrarse afiliada a una EPS a través del régimen subsidiado cuenta con los servicios de salud necesarios.

Para concluir, indica que el ICBF cumplió con su deber legal y con el propósito que el respectivo lineamiento establece para el programa en cuestión, en la medida en que la menor estuvo vinculada y protegida durante el término legalmente establecido.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

El Juzgado Promiscuo Municipal de Tibú, en fallo del 12 de mayo de 2014, resolvió negar el amparo pretendido, al considerar que la exclusión de la menor del programa no implica la vulneración de sus derechos fundamentales, pues los beneficios previstos en el mismo, si bien se encuentran destinados para la población menor de edad en condición de discapacidad, también están sujetos a las reglas dispuestas por un lineamiento que establece un determinado lapso para permanecer vinculado.

Por otro lado, afirma que la niña se encuentra afiliada a Caprecom EPS-S, en el régimen subsidiado de salud, situación de la que se desprende que los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas están siendo garantizados. En igual sentido, a su juicio, la entidad en ningún momento vulneró los derechos de la afectada, pues no solo la mantuvo vinculada desde el 2010 hasta el 2013, sino que además se encuentra cumpliendo un deber legal.

La providencia no fue objeto de impugnación.

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor, al dar por terminada su vinculación del programa Hogar Gestor, bajo el argumento de la culminación del lapso de permanencia establecido en el Lineamiento Técnico que rige dicha modalidad de Restablecimiento de los Derechos.

Con el fin de dilucidar la cuestión planteada, la Sala abordará los siguientes temas: (i) el derecho fundamental de los niños a la salud y su protección reforzada cuando se trata de menores que padecen una discapacidad, (ii) medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y (iii) Hogar Gestor para la Población con Discapacidad, como modalidad de medida de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes para, finalmente, (iv) analizar el caso concreto.

3. El derecho fundamental de los niños a la salud y su protección reforzada cuando se trata de menores de edad que padecen una discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 44 de la Constitución, consagró que los derechos de los niños, esto es, la vida, la integridad física, la salud la seguridad social y la educación entre muchos otros, son fundamentales. En ese sentido, es obligatorio para el Estado, la sociedad y la familia ejercer la protección de los menores con miras a garantizar su desarrollo integral y armónico, así como la plena materialización de sus derechos.

El carácter fundamental que revisten las mencionadas garantías, se deriva, además, del mandato expreso de la Carta y de los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia y ratificados por el Congreso de la República, en virtud de los

cuales los niños merecen un mayor amparo por parte del Estado, al ser considerados sujetos de especial protección constitucional. Bajo ese entendido, la Constitución consagra, a su vez, que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás y, en esa medida, cuentan con una protección inmediata por parte del juez constitucional.

Por otro lado, el artículo 47 Superior dispone que quienes padecen una disminución física, sensorial o psíquica deben ser beneficiarios de la atención especializada que requieran, en desarrollo de las políticas de previsión, rehabilitación e integración social que deben ser adelantadas por el Estado.

Así, de la unión de las normas constitucionales citadas, en armonía con el artículo 13 de la Carta, se logra determinar que la protección especial que merecen los niños debe ser reforzada cuando se trata de menores que presentan algún tipo de discapacidad física o mental, en razón a que se ven expuestos a una mayor condición de vulnerabilidad, motivo por el cual deben recibir un amparo prioritario, pronto y eficaz.

Al respecto la Corporación ha señalado que:

“La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).”[1]

Bajo esta perspectiva, el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los niños que sufren algún tipo de discapacidad física o mental y de garantizar que se les brindará un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema pasa a un segundo plano, pues lo que debe primar son las garantías fundamentales de los menores.[2]

En efecto, de esta manera lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, haciendo referencia al principio de integralidad en materia de salud, el cual ha sido estudiado desde el concepto mismo de salud y sus dimensiones, y bajo otra perspectiva relacionada con todas aquellas prestaciones que requiere la persona para mejorar su estado de salud y sus

condiciones de vida.

Este segundo aspecto del principio de integralidad, resulta prevalente para el Tribunal, en la medida en que establece la obligación por parte del Estado de brindar un servicio de salud eficiente que incluya tanto aspectos médicos como educativos, comprendiendo todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno e independientemente de que se encuentren en el POS o no[3].

Al respecto la Corte ha indicado:

Acorde con ello, es claro para la Corporación que, cuando se trata de niños en condiciones de discapacidad, su protección no solo debe ser preferente a la de las demás personas, sino que a su vez, debe recibir un tratamiento integral, el cual incluye todo aquello que sea necesario para la recuperación, rehabilitación e integración social del infante, así como aquellos servicios que le permitan desarrollar su vida en condiciones dignas.

4. Medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes

Como se observó en el capítulo anterior, el Estado se encuentra en la obligación, junto con la sociedad y la familia, de velar por una protección y desarrollo integral de los derechos de los niños, aún más cuando se trata de menores en condición de discapacidad, en virtud del artículo 44 de la Carta.

En ese orden, en desarrollo del mandato constitucional citado, el legislador expidió la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, la cual tiene por fin el establecimiento de normas (sustantivas y procesales) para brindar una integral protección de los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes, así como la garantía de su efectivo ejercicio. Determinando, a su vez, que tal obligación recae en el Estado, la familia y la sociedad.[5]

En caso de los niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad, que interesa a esta causa, el capítulo 2 de la mencionada ley, aborda el tema referente a las medidas de restablecimiento de los derechos, definiendo la figura como la restauración de la dignidad e integridad de los menores “como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo

de los derechos que le han sido vulnerados”[6].

Seguidamente, en su artículo 51 dispone que, por medio de las autoridades correspondientes, el Estado es responsable de “informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales” a todos aquellos menores de edad que debido a sus condiciones de salud, económicas, sociales o familiares, se encuentren en situación de vulnerabilidad. Así, la entidad competente deberá asegurarse de que, en el evento de conocer el riesgo en que se encuentra el niño, niña o adolescente, se le brinden los servicios sociales por parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

De igual forma, el artículo 52 de la ley, impone una obligación adicional a las autoridades públicas, consistente en verificar el cumplimiento y la garantía de los derechos de los menores de edad, lo que implica analizar ciertas situaciones como por ejemplo: el estado de salud física y psicológica del niño; su inscripción en el registro civil y la ubicación de su familia de origen; su entorno familiar y la identificación de factores de protección, como de riesgo para la garantía de sus derechos y; su vinculación al sistema de seguridad social y al sistema educativo. Una vez obtenida dicha información, se deberá dejar constancia para de esta manera adoptar la medida de restablecimiento que corresponda.[7]

Dentro de las medidas de restablecimiento que se pueden adoptar, una vez realizada la mencionada verificación, se encuentran. “1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado. 3. Ubicación inmediata en medio familiar. 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. 5. La adopción. 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.”[8]

En efecto, la jurisprudencia constitucional al abordar el tema referente a las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, ha sostenido que adoptar alguna de ellas debe obedecer al previo examen soportado de verificación que deben realizar las

autoridades públicas competentes y el cual tiene por fin identificar la real existencia de alguna condición que conlleve a la vulneración o riesgo de los derechos a proteger, para poder asignar la correspondiente modalidad, atendiendo a criterios de racionalidad y proporcionalidad en pro de lograr un integral amparo de las garantías de los menores.[9]

Al respecto, la Corte ha señalado que:

“En este orden de ideas, el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.”[10]

Así, como se puede observar, la ley y la jurisprudencia han desarrollado el mandato constitucional que impone, tanto al Estado a la familia y la sociedad, el deber reforzado de garantizar de manera comprometida e integral los derechos de los menores, más aun cuando se trata de niños en una condición de discapacidad y que debido a su entorno social se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad, situación que las autoridades públicas competentes están en la obligación de enmendar y trabajar en pro de la superación de la misma, a través de las medidas que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para ello.

5. Hogar Gestor para la Población con Discapacidad como modalidad de medida de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes

La Ley 1098 de 2006, se reitera, en desarrollo de lo consagrado en el artículo 44 de la Constitución, establece que la protección integral que demandan los menores de edad implica también, evitar la amenaza o conculcación de sus derechos, al igual que un inmediato restablecimiento en caso de presentarse una vulneración. De igual manera, impone la obligación general a cada uno de los agentes estatales, de actuar oportunamente con el fin de garantizar lo antes mencionado, adicionando que es el ICBF el encargado de definir los lineamientos técnicos que deben cumplir dichas autoridades para dar un cumplimiento efectivo a estos mandatos.[11]

Bajo esa línea, como se mencionó en párrafos anteriores, la ley consagra las medidas de restablecimiento de los derechos de los menores, para garantizarlos de la manera más efectiva posible. Dentro de estas medidas, se encuentra la de ubicación en familia de origen o extensa, la cual tiene como objetivo que el menor de edad esté con su familia a pesar de la falta de recursos los que, en este evento, serán otorgados por el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.[12]

Conforme con lo señalado, el ICBF aprobó, por medio de la Resolución No. 6054 del 30 de diciembre de 2010, el “Lineamiento Técnico para las Modalidades de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia, para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Mayores de 18 Años con Discapacidad, con sus Derechos Amenazados, Inobservados o Vulnerados”, el cual tiene por fin realizar un acompañamiento a las familias o redes de apoyo próximo, pues al contar con la obligación de garantizar la protección integral de los menores durante su proceso de formación, son los llamados a que en primera instancia protejan sus derechos. Por lo tanto, se encuentra dirigida a aquellos menores que, como consecuencia de la inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos, en viven una situación de riesgo y por tanto sus familias deben ser fortalecidas, brindando las herramientas necesarias para superar dicha situación.

Para llevar a cabo este fin, el ICBF ha desarrollado determinadas modalidades, dentro de las cuales se incluye la de Hogar Gestor para Población con Discapacidad. Esta consiste en realizar un acompañamiento, asesoría y apoyo económico para el fortalecimiento familiar de aquellos menores de edad en condición de amenaza o vulneración con discapacidad o enfermedad especial, que se encuentren en extrema pobreza, cobijando a su vez a mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta, para que la familia, con la ayuda que brinda el Estado, asuma la protección integral del niño.

Este programa se materializa a través de: a) el acompañamiento familiar, que implica, a grandes rasgos, visitas para la orientación y verificación de los logros y avances obtenidos en pro de la señalada protección. A su vez, encuentros grupales y familiares de complementación y vigilancia por parte de las autoridades para, en el evento de identificar algún tipo de maltrato, abuso o explotación, adoptar las medidas pertinentes y, b) un aporte económico para la cobertura de necesidades básicas como salud, educación, alimentación, vestuario entre otros y orientar a las familias, no solo en la distribución de los recursos,

sino también en la búsqueda de alternativas para el autosostenimiento.

De igual manera, el mencionado lineamiento señala que el programa consta de 4 fases, a saber: una primera de identificación, diagnóstico y acogida, en la que básicamente se valora y evalúa la condición del menor de edad y su entorno familiar. La segunda, de intervención y proyección, encaminada a desarrollar y poner en marcha las acciones necesarias para el fortalecimiento de la familia y del niño, niña o adolescente. La tercera, corresponde a la preparación para el egreso, a través de la cual se llevan a cabo estrategias destinadas a brindar las herramientas para la salida de la familia del programa a partir del cumplimiento de los objetivos. Finalmente, la cuarta etapa corresponde al seguimiento que debe hacer la autoridad competente al estado del niño y su familia, una vez terminada la medida.

En cuanto al término de permanencia en el programa, el lineamiento indica que, en principio, es de 2 años prorrogables por un año más, conforme con el concepto que emita la Defensoría de Familia y también a un criterio de rotación que implica un menor por cupo al año.

En relación con el tema, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre el tiempo de permanencia de los menores en el programa, toda vez que a través de distintas acciones de tutela, la Corte se ha planteado la pregunta de si una exclusión del beneficio, bajo el argumento de la finalización del término establecido, puede conllevar la conculcación de los derechos fundamentales de los niños.

Así, la resolución al anterior interrogante ha girado entorno a si al momento de la desvinculación del menor, continúa la situación de riesgo o vulneración de sus derechos. En efecto, en ocasiones, el Tribunal ha sostenido que dentro de las obligaciones del ICBF se encuentra la de informar a las familias la transitoriedad de la medida y, a su vez, realizar una evaluación que permita dar cuenta de la superación de las condiciones de vulnerabilidad del menor de edad. De igual manera, en cabeza de la familia recae el deber de acoger las herramientas o directrices que brinda la entidad para al momento del egreso lograr el autosostenimiento pues, de evidenciar negligencia por parte de las personas a cargo del niño, no se puede predicar una vulneración de derechos al presentarse la terminación de la medida.[13]

También ha indicado la Corporación, que si la entidad no realiza un examen o no da cuenta de la superación de las condiciones de riesgo o vulnerabilidad del niño, no es posible su exclusión, a pesar de haberse cumplido los plazos estipulados, pues no se estaría atendiendo a los objetivos propuestos por la medida y, en ese evento, es imperioso mantener la vinculación, hasta tanto se verifique la posibilidad de la autosuficiencia por parte de la familia o de su inclusión, ya sea en otro programa, o entidad que permita brindar el servicio requerido.[14]

En efecto, el Tribunal en Sentencia T-301 de 2014, arribó a ciertas conclusiones que permiten identificar las características del Programa Hogar Gestor y brindan herramientas para determinar en qué eventos se podría estar en presencia de una vulneración de los derechos, ante una desvinculación como consecuencia de la finalización del lapso establecido, a saber:

- a) El programa tiene la finalidad de brindar una ayuda a la familia por parte del Estado, para que la misma se fortalezca y consiga el restablecimiento y la satisfacción de los derechos del menor.
- b) El tiempo de permanencia en el programa, es una característica esencial del mismo, dada su transitoriedad.
- c) El cumplimiento del término previsto en el programa, per se no implica que el niño deba ser excluido del programa, pues se debe verificar el cumplimiento de los objetivos del mismo, esto es, que se haya fortalecido la familia y haya cesado el estado de vulnerabilidad del menor.
- e) Se debe verificar que la familia ha accedido a otros programas Estatales que procuran la satisfacción de los derechos, como lo es el ingreso al sistema de seguridad social en salud o el ingreso a programas ofertados por el Estado o por entes privados dirigidos a esta población especial.
- f) Es necesario un dialogo interinstitucional para la satisfacción de los derechos del menor, para ello el ICBF debe asesorar a la familia en el proceso de acudir a otras entidades públicas o privadas encargadas de prestar servicios a los menores en estado de discapacidad.

g) Es necesaria la realización de un seguimiento pos egreso del programa al menor que era beneficiario.”[15] (Resaltado fuera del texto original)

Como se puede observar, la protección de los menores y el fortalecimiento de su familia para mejorar la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, es el objetivo primordial de la medida Hogar Gestor y, para ello, implementa una serie de estrategias que permitan alcanzar este fin. Es evidente que es transitoria, en la medida en que una de las metas a lograr es el autosostenimiento de la familia, no obstante, esto no debe ir en contravía del propósito principal ya mencionado.

Por esta razón, se entiende que el motivo válido para la separación del menor es la superación de aquellos factores de amenaza y vulneración (lo cual no es solo responsabilidad de la entidad, sino también del grupo familiar) y no la finalización del término en principio establecido para la permanencia pues, tanto el lineamiento técnico que lo rige, como la jurisprudencia de esta Corte, han señalado que si no se verifica o no se rinde cuenta sobre la superación de las condiciones de vulnerabilidad, a pesar de los esfuerzos diligentes de la familia, de ninguna manera se puede desvincular al menor, aun cuando se haya cumplido el lapso de tiempo dispuesto y, la carencia de cupos o la falta de presupuesto no pueden servir de argumentos para sustentar dicha exclusión.

6. Caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar si, efectivamente, se presentó la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de Sara Tatiana Pacheco Gómez, por parte de la entidad demandada, al dar por terminada su vinculación al programa Hogar Gestor, bajo el argumento del vencimiento del término previsto en los lineamientos para su permanencia.

De lo acreditado en el expediente, se desprende que la niña Sara Tatiana Pacheco Gómez, de 14 años de edad, sufre de una parálisis cerebral infantil, con retraso psicomotor desde su nacimiento, motivo por el cual su movilidad está reducida a permanecer en cama o en una silla de ruedas, además requiere de la asistencia de una persona para satisfacer sus necesidades básicas.

Debido a lo anterior, el 1º de octubre de 2010, la Defensoría de Familia de Tibú, Norte de Santander, resolvió incluir a la menor en una medida de restablecimiento de los derechos, consistente en Hogar Gestor, permanencia que fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2013.

Al persistir las condiciones de riesgo y amenaza al momento de su desvinculación, Elida Rosa Gómez Torrado, abuela de la niña, solicitó al ICBF el reingreso de su nieta al mencionado programa. No obstante, el 16 de abril de 2014, la entidad negó el requerimiento, bajo el argumento de que el periodo de permanencia, establecido en el lineamiento del Hogar Gestor, había vencido.

En cuanto a su situación personal, la accionante manifiesta que su condición social y económica es bastante precaria, que tanto ella como su nieta son víctimas de desplazamiento forzado y del delito de desaparición forzada como consecuencia de la desaparición de la madre de la menor, por lo que considera que existe una vulneración de sus derechos fundamentales y, por tanto, solicita el acceso a este programa u otras alternativas que permitan superar dicha crisis.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que la menor de edad fue integrada al programa en octubre de 2010, vinculación que fue objeto de distintas prórrogas cada 6 meses, hasta el 31 de diciembre de 2013. A su vez, que los derechos de la niña estaban amparados y su desvinculación fue consecuencia de la culminación del término que estipula el lineamiento técnico.

Así, afirma que no existe vulneración de las garantías fundamentales de la menor de edad, toda vez que se encuentra vinculada a la EPS-S Caprecom, quien le debe prestar los servicios de salud, y el ICBF cumplió con su deber legal y con el propósito que el respectivo lineamiento establece para el programa en cuestión, en la medida en que la niña estuvo vinculada y protegida durante el término legalmente establecido.

Analizados los elementos fácticos del presente caso, la Sala advierte que del 1º de octubre de 2010 al 31 de diciembre 2013, lapso durante el cual la menor de edad estuvo vinculada al programa, transcurrieron un poco más de 3 años, por lo que se evidencia que se cumplió el término establecido para la permanencia, en el Lineamiento Técnico aprobado a través de la Resolución No. 6024 del 30 de diciembre de 2010, en cuya vigencia se produjeron las

correspondientes prórrogas.

No obstante, como se observó en la parte considerativa de esta providencia, la Corte ha señalado que el vencimiento del plazo establecido no implica per se la exclusión de la menor de la medida de restablecimiento mencionada, pues a esta decisión debe preceder un concepto técnico que corrobore el cumplimiento de los objetivos del programa, en otras palabras, que las condiciones que dieron lugar a su vinculación, no persistan al momento del egreso.

En efecto, para este Tribunal, la realización de un examen que dé cuenta del alcance del propósito del programa, es decir, la superación de las condiciones de amenaza y riesgo del niño, es uno de los puntos clave para determinar la existencia o no de la vulneración de los derechos fundamentales en estos eventos. Tanto así que, en eventos en los que la Corte ha evidenciado dicha valoración o por lo menos ha encontrado probado un avance o mejoría de las condiciones del menor, ha negado el amparo. Empero, en casos en los que no se logre identificar lo anterior, a pesar del actuar diligente de la familia, el amparo ha sido concedido.

Ahora bien, en el asunto bajo estudio, la respuesta otorgada por la entidad demandada presenta como razón principal para la desvinculación de la menor de edad la culminación del término de permanencia, aunque también hacen referencia, sumariamente, al cumplimiento del objeto del programa. Sin embargo, en ningún momento da cuenta o señala cuáles son los argumentos para soportar tal afirmación, ni relacionan en qué medida se logró la superación de las condiciones de vulnerabilidad de la menor de edad. Tampoco hacen mención a la evaluación que permita verificar que la niña ya no se encuentra en riesgo, anexan alguna prueba que lleve a la Sala comprobar que dicha meta se cumplió o, que la misma no se alcanzó por razón atribuible a la familia, aunado a que la accionante afirma que su situación actual sigue siendo precaria.

Bajo ese orden, no se desconoce la protección brindada a la menor, pero la decisión de excluirla sin demostrar la existencia de un examen o de indicio alguno que acreditara la mejoría o la superación de las condiciones de vulnerabilidad, permite concluir una clara vulneración de los derechos fundamentales de la menor, pues, como ya lo afirmó la Corporación “no basta con decir que se les brindó apoyo por un tiempo prolongado, sino

que es necesario mostrar que ese apoyo se tradujo en mejores condiciones para que la familia pueda atender las necesidades del menor con el apoyo de la red de servicios del Estado”[16], sin que esto implique desconocer la transitoriedad de la medida, dado que se considera acertado que exista un término límite, mas no que sea esta la única razón para la desvinculación de un menor.

Así las cosas, la Corte procederá a amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de Sara Tatiana Pacheco Gómez y, por lo tanto, ordenará al ICBF, Regional Norte de Santander, Centro Zonal Tibú, que en un término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, incluya nuevamente a la menor a las modalidades de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia, en específico la modalidad Hogar Gestor para la Población con Discapacidad. Dicha vinculación deberá mantenerse vigente hasta que se realice la correspondiente valoración de la situación de la menor que arroje como resultado el cumplimiento de los objetivos del programa y la superación de las condiciones de vulnerabilidad que dieron lugar a su ingreso.

De igual manera, una vez se obtenga el concepto que certifique la superación de las condiciones de amenaza y vulneración, y por ende, se desvincule a la menor de edad del programa, la entidad está en la obligación de continuar con el respectivo seguimiento conforme con la fase número 4 del mismo, de acuerdo con el Lineamiento Técnico “para las Modalidades de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia, para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Mayores de 18 Años con Discapacidad, con sus Derechos Amenazados, Inobservados o Vulnerados”, aprobado por la Resolución No. 6024 de 2010 por el ICBF, al igual que garantizar su protección, ya sea a través de otra entidad o programa de restablecimiento de los derechos.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibú, el 12 de mayo de 2014, dentro del proceso de tutela promovido por Elida Rosa Gómez

Torrado, en representación de la menor Sara Tatiana Pacheco Gómez contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF-, Regional Norte de Santander, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la Alcaldía Municipal de Tibú, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la niña.

SEGUNDO.-ORDENAR al ICBF, Regional Norte de Santander, Centro Zonal Tibú, que en un término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, incluya nuevamente a la menor Sara Tatiana Pacheco Gómez a las modalidades de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia, en específico la modalidad Hogar Gestor para la Población con Discapacidad. Dicha vinculación deberá mantenerse vigente hasta que se realice la correspondiente valoración de la situación de la menor, que arroje como resultado el cumplimiento de los objetivos del programa y la superación de las condiciones de vulnerabilidad que dieron lugar a su ingreso.

TERCERO.- ORDENAR al ICBF, Regional Norte de Santander, Centro Zonal Tibú que, una vez obtenido el concepto que certifique la superación de las condiciones de amenaza y vulneración, y por ende, se desvincule a la menor de edad del programa, la entidad está en la obligación de continuar con el respectivo seguimiento conforme con la fase número 4 del mismo, de acuerdo con el Lineamiento Técnico “para las Modalidades de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia, para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Mayores de 18 Años con Discapacidad, con sus Derechos Amenazados, Inobservados o Vulnerados”, aprobado por la Resolución No. 6024 de 2010 por el ICBF, al igual que garantizar su protección, ya sea a través de otra entidad o programa de restablecimiento de los derechos.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Secretario General (E)

[1] Sentencia T-608 de 2007.

[2] Ver Sentencia T-322 de 2012.

[3] Sentencia T-872 de 2012.

[4] Sentencia T-322 de 2012.

[5] Artículo 2 de la Ley 1098 de 2006.

[6] Artículo 50 de la Ley 1098 de 2006

[7] Artículo 52 de la Ley 1098 de 2006.

[8] Artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

[9] Ver Sentencia T-075 de 2013.

[10] Sentencia T-572 de 2009 y ver también Sentencia T-075 de 2013.

[11] Artículos 7 y 11 de la Ley 1098 de 2006.

[12] Artículo 56 de la Ley 1098 de 2006.

[13] Ver Sentencias T-244 de 2005 y T-608 de 2007.

[14] Ver Sentencias T-816 de 2007 y T-075 de 2013.

[15] Sentencia T-301 de 2014.

[16] Sentencia T-608 de 2007.