

T-301-14

Sentencia T-301/14

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

FAMILIA-Núcleo esencial de la sociedad

FAMILIA-Primer estadio responsable de garantizar la protección especial de los niños

La familia es la primera entidad llamada a velar por la protección de los niños, niñas y adolescentes. El papel del Estado es subsidiario frente a la ausencia en la protección por parte de la familia, por lo que su intervención, en principio, y partiendo precisamente del carácter fundamental de esta institución, se centra en apoyarla para que cumpla su obligación de asistir y proteger al menor. En este sentido, el Estado no tiene competencia para asumir ni para reemplazar el papel de la familia en cuanto a la protección del menor.

PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD-Concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio del derecho de niños, niñas y adolescentes

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Desarrollo del principio del interés superior del menor

Esta Corporación en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que este principio busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en consideración a la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentre el menor, lo que quiere decir que las medidas a adoptar deben estar acordes con las condiciones especiales que requiere el menor para su crecimiento y formación y estar, a su vez, en armonía con las herramientas jurídicas con que cuenta el Estado.

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

Con este programa se busca restablecer los derechos de los niños en condición de amenaza o vulneración con discapacidad o enfermedad de cuidado especial que consiste en el

acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar y de esta manera, con el apoyo del Estado, la familia corresponsablemente asume la protección integral del niño. El programa va dirigido a brindar herramientas a la familia para el mejoramiento de la atención a niños, para el empoderamiento en la utilización de redes de servicios para asumir su corresponsabilidad en la atención de las necesidades de sus hijos, y para promover la inclusión de los niños en los servicios institucionales, sociales y comunitarios de la localidad o municipio.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE MENOR DISCAPACITADO-Orden a EPS-S suministrar los insumos que el menor requiere para el tratamiento de su enfermedad, los cuales deben ser proporcionados de manera permanente

Referencia: expediente T- 4.165.049

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona y la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

María Socorro Villamizar Villamizar presentó acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, por la presunta vulneración del derecho

fundamental a la salud de su nieto, menor de edad, Deyvid Elisain Villamizar.

Señala la accionante que Deyvid Elisain tiene una discapacidad producto de una enfermedad incurable llamada ictiosis congénita y requiere de un tratamiento dermatológico de alto costo, el cual no puede ser cubierto por su grupo familiar, al carecer de recursos económicos.

Aduce la demandante que por cuatro años y cuatro meses el menor fue beneficiario del Programa Hogar Gestor a cargo del ICBF, cuyos recursos otorgados iban dirigidos a costear el tratamiento dermatológico que requiere el menor.

Manifiesta que el 28 de junio de 2013, “sin causa justificada y a sabiendas del estado de salud del menor”, el ICBF le notificó la terminación de la medida de Hogar Gestor, por lo que solicitó a la entidad demandada su inclusión de nuevo en el programa, por cuanto los recursos allí suministrados eran esenciales para el tratamiento dermatológico del niño.

Indica que el ICBF conoce el estado de salud de Deyvid Elisain, que las cremas que requiere no están incluidas en el POS y que su núcleo familiar no cuenta con los recursos económicos suficientes para seguir costeando el tratamiento. Agrega que los recursos del Programa Hogar Gestor son importantes para que el niño se desempeñe en un ambiente natural en el campo escolar, psicológico, pedagógico, familiar y social.

2. Solicitud de tutela

En razón a lo expuesto, la accionante solicita que la entidad demandada no retire la ayuda otorgada a Deyvid Elisain Villamizar dentro del Programa Hogar Gestor.

3. Intervención de la parte accionada

El 31 de julio de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona admitió la acción de tutela y ordenó notificar de este trámite a la directora del ICBF, al tiempo que requirió a la accionante para que allegue registro civil de Deyvid Elisain y determine la calidad por la cual interpone la presente acción constitucional.

3.1 El 31 de julio de 2013, Maria Socorro Villamizar allegó el documento solicitado y afirmó que es la abuela materna del niño, que lo cuida desde que nació por voluntad de la

progenitora quien trabaja en la Alcaldía de Silos y que reside en dicha municipalidad, que tanto su hija como ella son proveedoras del hogar. Agrega que el menor está afiliado a Saludvida EPS-S.

3.2 El 2 de agosto de 2013, la Defensora del ICBF Centro Zonal Pamplona señaló que notificó a María Socorro Villamizar la terminación de la medida de Hogar Gestor, por cumplir el tiempo estipulado; que hizo una gran excepción postergando la permanencia del niño Deyvid Elisain Villamizar por más tiempo del determinado en el programa, cuyos lineamientos implican permanencia y rotación, en razón a que hay más niños en situación vulnerable y de pobreza extrema a la espera de la ayuda; pues para el Hogar Gestor por discapacidad sólo hay 13 cupos que se deben rotar periódicamente.

Informa que Deyvid Elisain ingresó al programa Hogar Gestor el 23 de abril de 2008, por cuanto presentaba una enfermedad llamada “epidermolisis simple”, existía una vulnerabilidad del grupo familiar y una situación de pobreza extrema; el 8 de octubre de 2008 pasó del programa Hogar Gestor por amenaza a Hogar Gestor por discapacidad o enfermedad de cuidado especial y terminó esta etapa el 31 de enero de 2010; el 19 de abril de 2010, previo proceso administrativo, se ordena prorrogar la medida hasta el 30 de junio de 2013, de este modo, el niño ha permanecido aproximadamente 4 años y 9 meses en el programa.

Afirma que en la institución que representa se trabajó las condiciones sociales y emocionales para el desarrollo del niño en la etapa de preparación para el egreso; que el niño Deyvid Elisain goza de facultades físicas y mentales, es emocionalmente estable, se encuentra escolarizado, con buen rendimiento escolar y su enfermedad no le impide desempeñarse en un ambiente natural ni desarrollar actividades escolares, familiares y/o sociales, pues no está relacionado con discapacidad mental cognitiva o mental psicosocial, goza de los cuidados de la abuela y del apoyo de la progenitora.

Agrega que la madre del menor, Omaira Villamizar, es Secretaria de Tesorería en el Municipio de Silos y devenga un salario de \$ 966.297 pesos y le proporciona \$75.000 pesos mensuales a la abuela del niño para los gastos de éste. Además, María Socorro Villamizar cobra un subsidio de Familias en acción por valor de \$30.000 a favor de Deyvid Elisain por concepto de estudio, e indica que Maria Socorro se comprometió a exigirle a Omaira

Villamizar que respondiera por sus hijos.

Finalmente, señala que en todo caso la atención en salud del niño, que es la razón fundamental de la accionante para solicitar su reinclusión en el programa, corresponde al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que a la EPS Saludvida le corresponde realizar el tratamiento dermatológico. Agrega que la familia no está en situación de extrema pobreza y la señora Maria Socorro, a pesar de ser orientada, no presentó propuesta de proyecto productivo.

3.3 Previo requerimiento de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el 5 de septiembre de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona, vinculó a Omaira Villamizar Villamizar para que se pronuncie sobre los hechos que originaron la acción de tutela y ejerza su derecho a la defensa y contradicción.

El 6 de septiembre de 2013, Omaira Villamizar Villamizar, madre del niño Deyvid Elisain Villamizar, informó que responde por todos los gastos de la casa, los gastos generados en mi lugar de trabajo y parte de los gastos de la universidad de su hija mayor, por lo que requiere del apoyo del Programa Hogar Gestor, pues el niño requiere consumir 4 veces más proteína que la dosis normal y aplicarse cremas de alto costo que no pueden ser cubiertas por ella.

Afirma que la medicina que le da la EPS no es la adecuada y por ende que debe adquirir por su cuenta el jabón efal que cuesta \$34.000 pesos, la crema uradeam que cuesta \$36.000 pesos y la loción acid mantle que vale \$30.000 pesos.

4. Pruebas aportadas al proceso

- a. Copia del registro civil de nacimiento de Deyvid Elisain Villamizar Villamizar en el que consta como datos de la madre Omaira Villamizar Villamizar (fl. 35 cdno. tutela).
- b. Copia de la tarjeta de identidad de Deyvid Elisain Villamizar Villamizar en la que consta como fecha de nacimiento el 12 de septiembre de 2005 (fl. 5 cdno. tutela).
- c. Copia de la resolución proferida por el ICBF el 8 de octubre de 2008 por medio de la cual se modifica la medida de Hogar Gestor por condición de amenaza o vulneración a Hogar Gestor por discapacidad o enfermedad de cuidado especial. En la parte considerativa se

establece que teniendo en cuenta que el niño Deydid Elisain Villamizar presenta epidermolisis simple; la vulnerabilidad del grupo familiar; la situación extrema de pobreza y la inminente necesidad de brindar apoyo económico se hizo necesario incluirlo en el programa Hogar Gestor por condición de amenaza ante la ausencia de Hogar Gestor con discapacidad y que al haber cupos para niños con discapacidad es prioritario brindarle apoyo económico al niño y modificar su vinculación al ICBF por Hogar Gestor con discapacidad (fl. 65-66 cdno tutela).

d. Copia de la diligencia de notificación del 8 de octubre de 2008 de la resolución por medio de la cual se ingresó a María Socorro Villamizar Villamizar al Programa Hogar Gestor con discapacidad siendo beneficiario el niño Deyvid Elisain Villamizar Villamizar (fl. 11 cdno. tutela).

e. Copia de la valoración social efectuada el 7 de mayo de 2009 por parte del ICBF al hogar de María Socorro Villamizar Villamizar, abuela materna de Deyvid Elisain Villamizar beneficiario del Programa Hogar Gestor en el que se informa que el cuidado del niño recae en la abuela; que su progenitora trabaja en la Alcaldía de Silos y que le envía \$50.000 pesos mensuales; que presentaron acción de tutela para que la EPS-S del régimen subsidiado le suministre los medicamentos que requiere el menor; la tía informa que para el tratamiento de la enfermedad del menor le compra la crema dove, el medicamento acid mantle y usa jabón efal que cuesta \$30.000 pesos.

En lo que respecta a la situación socioeconómica se informa que podría considerarse precaria, pues María Socorro es la mujer cabeza de hogar, labora como modista y para la fecha estaba incapacitada por una cirugía de rodilla; la vivienda es propia y se encuentra en regulares condiciones. (fl. 69-71 cdno. tutela).

f. Copia de la diligencia del 19 de abril de 2010 de la audiencia de fallo de proceso de restablecimiento de derechos correspondiente al niño Deyvid Elisain Villamizar en la que se indica que presenta una situación económica difícil y que su abuela no puede trabajar porque debe cuidarlo, por lo que se recomienda su vinculación al programa Hogar Gestor con discapacidad, a fin de garantizar el restablecimiento de derechos y solicitar al ICBF le brinde protección por la vulneración de sus derechos (fl. 83-86 cdno. tutela).

g. Copia de las órdenes médicas de 23 de marzo 2012 y 6 de octubre 2011, provenientes

del otorrinolaringólogo Javier Jiménez Duarte, en las que le prescribe a Deyvid Villamizar fixamicin (fl. 21-22 cdno. tutela) y de la dermatóloga Matilde Llanos de Terán, en la que le prescribe cetalexina, ácido fusídico y domiboro de fecha 14 de marzo de 2011 (fl. 24 cdno. tutela).

h. Copia del acta de seguimiento a Hogar Gestor de fecha 22 de febrero de 2013, en el que consta que la responsable del hogar es María Socorro Villamizar Villamizar y el beneficiario es el menor Deyvid Elisain Villamizar. Mes en que termina la medida: junio de 2013.

Figura que se le suministró un total de \$413.704 pesos que corresponden a: “pasajes para cumplimiento de citas extra rápido los motilonos (\$45.000); para gastos útiles personales para el cuidado de la piel del niño de acuerdo a su discapacidad (\$138.800); uniformes del colegio y ropa para el niño (\$163.000) y alimentos (\$66.904)”.

Consta el compromiso de María Socorro de “traer documentos actualizados como constancia de estudio, copia de los controles de crecimiento y desarrollo, copia de cualquier constancia o control médico que al niño se le haya realizado en el mes de febrero, así como las facturas en lo que invirtió en subsidio. Asistir a la capacitación sobre proyecto productivo el día 8 de marzo de 2012, en el Centro Zonal Pamplona a las 10: 00 am de la mañana” (fl. 7-8 cdno. tutela).

i. Copia del Acta de reunión no. 061 del 8 de marzo de 2013, para orientar a las familias de la modalidad de Hogar Gestor en la creación de un proyecto productivo para preparación para el egreso en la que consta que María Socorro Villamizar Villamizar asistió (fl. 87-89 cdno. tutela).

k. Copia del acta de seguimiento a Hogar Gestor de fecha 10 de abril de 2013, en el que consta que la responsable del hogar es María Socorro Villamizar Villamizar, el beneficiario es el menor Deyvid Elisain Villamizar y el mes en que termina la medida es en junio de 2013.

Figura que se le suministró un total de \$299.300 pesos que corresponden a “gastos de ayudas técnica (\$191.000); gastos médicos (\$60.000); y alimentación (\$48.300)”.

Como observaciones generales está que “(...) el niño presenta Tiosis y dipidermosis por lo

que estos implementos los requiere de uso diario jabón e-fal, crema uradem de 10mg y loción acid-mantle ph 4,5 (...) a la fecha no ha presentado por escrito el proyecto productivo ni tampoco lo ha puesto en marcha, debido a que no hay claridad de lo que se desea realizar”.

María Socorro Villamizar se comprometió a “traer documentos actualizados como copia de los controles de crecimiento y desarrollo, copia de cualquier constancia o control médico que al niño se le haya realizado en el mes de febrero y marzo, documentos que debían ser presentados para el día de hoy, así como las facturas en lo que invirtió el subsidio. Asistir a la capacitación sobre inclusión social para personas con discapacidad el 22 de abril de 2012 en el Centro Zonal Pamplona a las 10:00 de la mañana. Presentar para el día de la capacitación la proyección del proyecto productivo (...)” (fl. 9-10 cdno. tutela).

l. Copia de la valoración psicosocial realizada el 21 de mayo de 2013 a Deyvid Elisain Villamizar Villamizar en el que se concluye: “niño de 7 años en adecuada condiciones a nivel emocional y psicomotor propios de la etapa de desarrollo evolutiva en la que se encuentra el infante. Su ambiente familiar y social es sano lo que le ha facilitado el proceso de adaptación a los diferentes entornos en los que se desenvuelve. Se denota una autoestima positiva, quien busca ayuda, si la necesita, evitando así frustraciones” (fl. 90-91 cdno. tutela).

m. Copia del acta de reunión del 20 de junio de 2013 en el que consta que María Socorro Villamizar asistió a la reunión para realizar capacitación en buenas prácticas de manipulación de alimentos en el hogar, para prevenir ETAS y socialización de la Ley 1618 de 2013 (fl. 92 cdno tutela)

n. Copia del acta de notificación del 28 de junio de 2013 en el que se le comunica a María Socorro Villamizar Villamizar como abuela y representante del menor Deyvid Elisain Villamizar Villamizar la terminación de la medida en la modalidad Hogar Gestor (fl. 12 cdno. tutela).

ñ. Copia del recurso presentando el 10 de julio de 2013 por María Socorro Villamizar contra la decisión del ICBF de dar por terminada la medida de Hogar Gestor.

En este documento manifiesta que no puede aceptar dicha decisión, en razón a que no

cuenta con recursos económicos suficientes para cubrir las necesidades derivadas de la enfermedad de "ictiosis congénita" que padece el menor, que cumplió con lo requerido por el ICBF para estar en el programa Hogar Gestor y que los recursos que le ofrecían iban exclusivamente dirigidos a llevar la enfermedad del niño, por lo que solicitó que se revalúe su situación, en razón a la condición del niño y su discapacidad (fl, 13-14 cdno. tutela).

o. Copia de la respuesta del 18 de julio de 2013 del ICBF a la anterior solicitud, en la que ratifica la terminación de la medida de restablecimiento en la modalidad de Hogar Gestor.

En esta se le informa que el Programa Hogar Gestor "es una modalidad de restablecimiento de derechos para niños, niñas y adolescentes con discapacidad o enfermedad de cuidado especial, que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para la familia para que ella 'corresponsablemente' asuma la protección del niño, como ha sido su caso".

Que se ha hecho una gran excepción, postergando la permanencia en el programa del niño Deyvid Elisain Villamizar, por más tiempo del estipulado, pues es de un año, prorrogable por otro más y el menor ingresó el 8 de octubre de 2010 cuando pasó de la medida de Hogar Gestor por amenaza a Hogar Gestor por discapacidad o enfermedad de cuidado especial, terminó la primera etapa el 31 de enero de 2010 y se ordenó su continuidad el 19 de abril de 2010 hasta el 30 de junio de 2013, por lo que ha permanecido en el programa 4 años y 4 meses y que hay otros niños a la espera de la ayuda.

Agregó que se están garantizando las condiciones sociales y emocionales favorables para el desarrollo del niño, pues se trabajaron mensualmente en la etapa de preparación para el egreso, que el niño goza de todas las facultades físicas y mentales, es emocionalmente estable, se encuentra escolarizado con buen rendimiento, tiene garantizado el derecho a la salud y goza de sus cuidados y cuenta con el apoyo de su progenitora.

Manifestó que María Socorro Villamizar no cumplió, como requisito de preparación para el egreso, con la formulación y presentación de un proyecto productivo, siendo ésta la base para su sostenimiento al momento en que se terminara la medida.

Finalmente, dijo que prestará atención para que en la fase de seguimiento de pos egreso, la

EPS le suministre los medicamentos que el niño Deyvid Elisain Villamizar requiere, ya que el Sistema General de Seguridad Social es quien debe garantizar que el niño reciba la medicina (fl. 15-16 cdno. tutela)

p. Copia del acta de reunión del 18 de julio de 2013 a la que asistió María Socorro Villamizar que se realizó con el objetivo de capacitar a las madres del hogar gestor en hábitos de alimentación saludables en el hogar, resaltando el aporte y beneficios nutricionales de la bienestarina como complemento nutricional y realizar socialización de lineamiento técnico para la modalidad hogar gestor población con discapacidad (fl. 93-94 cdno. tutela).

q. Copia de las facturas emitidas por Droguería Muñoz en las que consta que María Socorro adquirió entre marzo de 2011 hasta julio de 2013 productos como acid-mantle, ureaderm, redoxon, dolex, colgate. copitos, pediasure, mexana, acido fusidio crema, ecfalexina, viamina c, cepillo, jabon efal, fixamicin (fl. 17-20 cdno. tutela).

r. Copia de certificación laboral de 15 de agosto de 2013 suscrita por el Tesorero Municipal del Municipio de Silos en la que consta que Omaira Villamizar Villamizar se desempeña como Secretaria de la Tesorería Municipal de Silos, por término indefinido y devenga un salario neto a pagar de \$891.297 pesos (fl. 169 cdno. tutela).

t. Copia de los lineamientos del programa Hogar Gestor en el que consta lo siguiente:

Definición: Es una modalidad de restablecimiento de derechos para niños, niñas y adolescentes en condición de amenaza o vulneración, con discapacidad o enfermedad de cuidado especial, que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar, de manera que con el apoyo del Estado, la familia, corresponsablemente asume la protección integral del niño, niña o adolescente. Se incluyen los mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta”; “Población titular de atención: Niños, niñas y adolescentes con discapacidad o con enfermedad de cuidado especial (se incluye a los mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta) que cuenta con familia de origen o red vincular de apoyo, pero que por sus condiciones de extrema pobreza se encuentra en amenaza de vulneración de derechos”; “el Hogar Gestor está dirigido al fortalecimiento familiar a través de dos líneas de acción: acompañamiento familiar y aporte económico”; “Objetivo: fortalecer en las familias de los niños, niñas y adolescentes con

discapacidad o enfermedad de cuidado especial, factores de generatividad, que se fortalezcan y empoderen a nivel individual, familiar y social para asumir su corresponsabilidad en la atención de las necesidades de sus hijos”; “Preparación para el egreso: el profesional del equipo técnico interdisciplinario debe desarrollar estrategias y acciones encaminadas a la preparación de la familia para la salud del Hogar Gestor, a partir del cumplimiento de los objetivos”; “Seguimiento pos egreso: consiste en el seguimiento posterior a la terminación de la medida, por cumplimiento de objetivos o por cualquier otra razón, el cual se llevará a cabo por el Equipo Técnico Interdisciplinario de la Defensoría de Familia o autoridad competente, al menos durante las seis (6) meses siguientes al egreso, con el fin de establecer que se mantengan las condiciones de garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes”; “Permanencia y rotación: a) permanencia: se estima una permanencia de dos (2) años en la modalidad, prorrogables por un (1) año mas, de acuerdo con el concepto de la Defensoría de Familia y su Equipo Técnico Interdisciplinario apoyado en el concepto del Equipo Técnico Intedisciplinario del Operador; b) Rotador: un (1) niño, niña o adolescente por cupo al año” (Resaltado fuera del original) (fl. 43-57 cdno. tutela).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 9 de septiembre de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona resolvió conceder el amparo solicitado y ordenó al ICBF que inicie las gestiones para que Deyvid Elisain Villamizar, sea nuevamente incluido en la medida de restablecimiento de derechos ‘modalidad Hogar Gestor para población con discapacidad’, sin que esto conlleve la desvinculación de algún otro paciente que lo requiera y se abstenga de suspender la medida hasta tanto subsistan las circunstancias de vulnerabilidad que motivaron su inclusión.

Fundamentó su decisión en que no puede considerarse el tiempo de permanencia del niño como motivo para desvincularlo del programa, si aún no se ha cumplido con el plan y los objetivos inicialmente trazados y las circunstancias desfavorables persisten, por cuanto una vez terminado el apoyo que recibe el niño por parte del ICBF, retornarían las circunstancias de vulnerabilidad que lo llevaron a su vinculación al programa, por lo que es de imperiosa necesidad recibir el apoyo económico para garantizar la adquisición de los medicamentos ordenados en su tratamiento.

Agregó que Maria Socorro Villamizar recibe \$75.000 por parte de la progenitora del niño y \$30.00 por el programa gubernamental de familias en acción, dinero que cubriría las necesidades alimentarias, quedando desprotegidos su condición de salud; que a pesar de que está afiliado a una EPS, hasta tanto esta entidad no asuma el tratamiento, el menor requerirá del apoyo económico que se le venía proporcionando y de esta forma se garantice que el tratamiento de Deyvid Elisain no se interrumpirá.

Finalmente, señaló que a pesar de que la medida de protección Hogar Gestor es transitoria, atendiendo a la necesidad de rotación de cupos, dicha situación no puede ser motivo para afectar derechos reconocidos constitucionalmente.

El apoderado judicial del ICBF impugnó la anterior decisión. Sostuvo que el juez de instancia no consideró que la progenitora de Deyvid Elisain trabaja en el Municipio de Silos y devenga un salario de \$966.297 pesos, por lo que debía aplicar el principio de corresponsabilidad de la garantía de los derechos de los niños. Agregó que la madre y la abuela del niño han tomado la ayuda como sustento para cubrir sus necesidades básicas, trasladando al ICBF toda la responsabilidad de la subsistencia del niño.

El 9 de octubre de 2013 la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona resolvió revocar el fallo impugnado.

Consideró que el niño no padece una discapacidad, pues puede realizar sus actividades dentro de la normalidad, tiene capacidad de adaptación y ejerce lo propio que hacen los niños en un plantel educativo. Dijo que “lo anterior no se predica de una persona con discapacidad”, pues “tal condición restringe o impide el funcionamiento de una actividad ‘ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano’”.

Agregó que la madre del niño cuenta con recursos suficientes para asumir el tratamiento del menor, incluso si debe sufragar parte de los gastos universitarios de su hija, y según afirma está pendiente de sus hijos, dándole todo lo que requieran día a día; que la familia cuenta con vivienda propia y goza de un subsidio del gobierno por valor de \$30.000 pesos. En razón de lo anterior, y en virtud del principio de corresponsabilidad es viable que la madre del menor realice las diligencias para obtener por parte de la EPS la satisfacción de los requerimientos en salud que necesita el niño.

Finalmente indicó que el menor ha estado en el programa por un tiempo bastante prolongado y que lo anterior pugna con el principio de equidad, por cuanto existen otros niños en gravosas condiciones que necesitan de tal protección.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Uno, mediante auto del 30 de enero de 2014, previa insistencia del Defensor del Pueblo, dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

2.1 Mediante auto del 24 de abril de 2014, el magistrado sustanciador, en uso de sus facultades constitucionales y legales y, en razón a la ausencia de elementos probatorios necesarios para adoptar una decisión de fondo, ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

2.1 Solicitó a la Dirección del ICBF Centro Zonal Pamplona, Regional Norte de Santander, que:

1) Allegue copia del concepto que sirvió de fundamento para la terminación de la medida de protección a favor del niño Deyvid Elisain Villamizar, en virtud del cual fue excluido del Programa Hogar Gestor con Discapacidad y/o Enfermedad Grave;

2) Informe sobre el proceso de evaluación realizado al niño Deyvid Elisain Villamizar con posterioridad a la desvinculación del programa Hogar Gestor con Discapacidad. Y, especialmente, informe si éste tuvo en cuenta la situación económica del núcleo familia del niño y si los servicios que requiere el menor en materia de salud están siendo suministrados por las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y

3) Envíe copia del expediente perteneciente al niño Deyvid Elisain Villamizar relacionado con su ingreso y desvinculación al programa Hogar Gestor.

2.2 Solicitó a María Socorro Villamizar Villamizar y a Omaira Villamizar Villamizar que:

1) Informen su condición económica actual, haciendo énfasis en los ingresos y egresos que perciben y alleguen copia de los documentos que estimen pertinentes e

2) Informen la situación actual de salud del niño Deyvid Elisain Villamizar y alleguen copia de las últimas consultas médicas en las que conste el diagnóstico de la enfermedad que padece el niño y los medicamentos que requiere para tratarla.

2.3 Requirió a la Alcaldía de Santo Domingo de Silos, Norte de Santander, para que informe si Omaira Villamizar Villamizar labora en dicha entidad y certifique el tipo de contrato con el que está vinculada, el salario mensual que devenga y el tiempo que ha laborado para dicha institución.

2.4 Solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Pamplona, para que, practique, previa anuencia del acudiente del paciente, un examen físico al niño Deyvid Elisain Villamizar, a fin de determinar la enfermedad congénita que padece y conceptuar si la misma genera o puede generar discapacidad en el menor y remita a esta Corporación el resultado de su análisis.

2.5 Ordenó vincular a este trámite de tutela a Saludvida EPS-S, y se le requirió para que se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo; y, en especial, informe si conoce del diagnóstico médico de ictiosis congénita del niño Deyvid Elisain Villamizar y determine si con respecto a dicho diagnóstico le ha ordenado algún tratamiento y se le han suministrado los medicamentos que requiere.

2.6 Ordenó vincular a este trámite de tutela a la Alcaldía de Pamplona, Norte de Santander y se le requirió para que se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo; y en especial, informe si María Socorro Villamizar Villamizar, Omaira Villamizar Villamizar y el niño Deyvid Elisain Villamizar son o han sido beneficiarios de programas sociales a su cargo y, en particular, informe si el niño ha sido beneficiario de algún programa o política para la atención en salud.

2.7 En respuesta a lo anterior, las entidades requeridas señalaron:

2.7.1 La Defensora de Familia del ICBF, Centro Zonal Pamplona, indicó que al momento del retiro del programa del niño, se tuvo en cuenta la situación económica del núcleo familiar y en este sentido manifestó que Omaira Villamizar es empleada de la Alcaldía de Silos y envía mensualmente \$75.000 pesos para los gastos del niño; que Maria Socorro Villamizar recibe un subsidio de familias en acción y la colaboración de sus demás hijos y que en seguimiento realizado por el equipo se tiene que el niño Deyvid Elisain Villamizar continúa recibiendo atención en salud de parte de la EPS-S Salud Vida.

Adjuntó los siguientes documentos:

2.7.1.1 Copia de los lineamientos técnicos para la modalidad Hogar Gestor para población con discapacidad en el que consta, entre otros datos, como “forma de pago: el desembolso de los recursos se hará mes vencido, usando como criterio, el valor cupo mes, por cupo efectivamente utilizado”.

2.7.1.2 Copia del acta de seguimiento del 17 de julio de 2009 en la que “la señora Socorro Villamizar y la tía Yeimi Rocío Portilla, se comprometen a seguir gestionando lo relacionado con la biopsia del niño Deyvid Elisain Villamizar Villamizar para luego seguir con el tratamiento”.

2.7.1.3 Copia del Acta de Equipo Técnico PARD del ICBF Regional Pamplona de fecha 14 de junio de 2013 en el que se estudia la situación del menor Deyvid Elisain Villamizar Villamizar en el marco de análisis de los tiempos de permanencia en el Programa de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia para el Restablecimiento de Derechos de NNA y mayores de 18 años con discapacidad.

Con respecto a la situación del niño Deyvid Elisain Villamizar informa que en el seguimiento se evidencia que la figura materna ha sido ausente; que tiene un buen desempeño académico; que recibe atención psicológica de la institución educativa para el tema de la aceptación entre sus compañeros, que “a nivel médico está recibiendo la atención a través de la EPS Salud Vida a la que se encuentra vinculado el niño”; que María Socorro no ha cumplido con el lineamiento de la elaboración del proyecto productivo teniendo pleno conocimiento desde el 8 de marzo de 2013; que según se informa, Omaira Villamizar,

madre del niño, envía \$75.000 pesos mensuales para los gastos del niño y que María Socorro adicionalmente recibe el subsidio de familias en acción y la colaboración de sus demás hijos.

La familia ha sido beneficiaria en un tiempo de 4 años y 8 meses, María Socorro adquirió el compromiso de vincular a la progenitora en el proceso de formación y sostenimiento de su hijo y la progenitora tiene condiciones para asumir los cuidados y la protección de su hijo. Por lo anterior, se considera pertinente darle oportunidad a otra de las familias que se encuentran en lista de espera para ello. El diagnóstico nutricional del menor es adecuado.

Concluyó el informe: “expuestos los anteriores conceptos por parte de las profesionales, se concluye que por factor de LINEAMIENTOS, respecto a su PERMANENCIA; teniendo en cuenta los conceptos sociales, psicológico y nutricional en los cuales denota inexistencia de algún factor de riesgo respecto a su discapacidad, se considera pertinente dar por terminada la medida de restablecimiento de derechos en la modalidad de Hogar Gestor”.

2.7.1.4 Copia del acta de la Defensoría del 14 de junio de 2013 del Centro Zonal de Pamplona en la que se ordena dar por terminada la medida de Hogar Gestor para el niño Deyvid Elisain Villamizar, con base en los lineamientos de permanencia y rotación y porque a través de los seguimientos se evidencia el niño superó su condición de vulnerabilidad, se encuentra en adecuadas condiciones a nivel emocional y psicomotor; ambiente social y familiar sano; autoestima positiva; y con respecto a los servicios de salud indicó que está vinculado a la EPS Salud vida, entidad que debe asumir el tratamiento clínico y suministro de medicamentos que requiere el niño, asumiendo gastos como consulta médica especialista y los medicamentos acid mantle locion, jabon efal-crema unadem.

2.7.1.5 Copia del seguimiento con fecha 11 de julio de 2013 en el que consta que “frente al uso diario de los medicamentos por la enfermedad que se presenta se ha comprado continuamente. La señora manifiesta que frente a las orientaciones sobre el proyecto, intentó una venta de cacao, que no le dio resultado porque en una ocasión le quedaron mal. (...) En conclusión a la fecha no ha presentado por escrito proyecto productivo ni tampoco ha puesto en marcha alguna actividad que le genere un ingreso adicional mejorando su situación económica. (...) manifiesta que la señora Omaira se encuentra en el municipio de Silos, desempeñándose en oficios varios en la Alcaldía de Silos, refiere que la

señora le colabora \$75000 m/cte mensuales y el mismo valor por la otra hija que tiene a cargo de ella. Refiere que la señora no utiliza los servicios médicos de la EPS a la que esta afiliado SALUDVIDA debido a que según lo manifestado la solicitud de las autorizaciones son demoradas y por lo tanto paga consulta por médico particular. Se le reitera a la abuela del niño que continua con los seguimientos del post-egreso por lo que se comunicará para la próxima citación”.

2.7.1.6 Copia del acta de asistencia del 18 de julio de 2013 de María Socorro Villamizar a capacitación sobre hábitos de alimentación saludable y socialización de lineamientos técnico para la modalidad Hogar Gestor con discapacidad.

También adjuntó copia de la diligencia de notificación personal de fecha 8 de octubre de 2008 y constancia escolar de fecha 4 de octubre de 2012 como constancia de seguimiento al proceso de educación.

2.7.1.7 Adjuntó copia del proceso de Deyvid Elisain Villamizar iniciado ante el ICBF donde constan las siguientes actuaciones en los cuadernos anexos:

2.7.1.7.1 En lo que atañe con la identificación de las partes: a) Copia de la contraseña de María Socorro Villamizar en la que consta como fecha de nacimiento el 9 de abril de 1950 (fl. 19 cdno. Anexo 1); b) Copia del carné expedido el 9 de abril de 2008 por la Administración Municipal de Pamplona del menor Deyvid Elisain Villamizar en el Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales; c) registro civil de nacimiento de Marlyn Manuela Villamizar, donde consta que es hija de Omaria Villamizar y que nació el 15 de noviembre de 1995 (fl. 23).

2.7.1.7.2 En lo relacionado con el estado de salud del niño y los servicios que requiere: a) Copia del carné de fecha 1 de diciembre de 2005 en donde consta la afiliación de Deyvid Elisain Villamizar a la EPS-S del Régimen Subsidiado Solsalud (fl. 14 cdno. Anexo 1); b) Diagnostico de fecha 21 de septiembre de 2005 de epidermólisis simple a Deyvid Elisain Villamizar (fl. 18 cdno. Anexo 1); c) Copia del carné de afiliación del niño Deyvid Elisain Villamizar a la EPS-S Famisanar de fecha 1 de abril de 2011 (fl. 52 cdno. Anexo 1); d) copia de un ecocardiograma del 11 de febrero de 2013 realizado en el Hospital Universitario Erasmo Meoz por la Eps-S Saludvida a Deyvid Elisain Villamizar (fl. 155 cdno. anexo 1); e) Diagnostico médico de fecha 12 de marzo de 2013 (fl. 178 cdno. Anexo 1).

2.7.1.7.3 En lo referente al proceso ante el ICBF:

a) Copia del acta del 3 de septiembre de 2009 en la que consta la solicitud de María Socorro Villamizar de inclusión de su nieto Deyvid Elisain Villamizar en el programa Hogar Gestor. En donde se consigna como motivo de atención: “el niño por su afección de la piel debe usar permanentemente cremas y jabones los cuales son muy costosos y la EPS-S Solsalud no las cubre, además el niño requiere de una alimentación sana, basada en frutas, verduras y lácteos”. El niño está activo en el sistema de seguridad social en la Eps-s Solsalud. Se conceptúa que la familia es funcional, y prevalecen valores y principios morales como el respeto y la colaboración (fl. 1-2 cdno. Anexo);

b) Copia del acta de apertura de investigación del 9 de marzo de 2010 (fl. 20-21 cdno. Anexo 1).

c) Copia de la valoración psicológica del 9 de marzo de 2010 al niño Deyvid Elisain en la que se concluye que “el niño por su patología se le brinda hogar gestor, ya que la familia no tiene recursos para ello. Presenta un desarrollo físico, cognitivo y psicosocial adecuado” (fl. 26-27 cdno. Anexo 1)

d) Copia del concepto de la trabajadora social del 12 de marzo de 2010 en el que conceptúa ante el ICBF que el niño Deyvid Elisain Villamizar es idóneo para ser vinculado al programa Hogar Gestor, por cuanto la familia no cuenta con recursos para satisfacer las necesidades del niño, pues la abuela es costurera y la madre trabaja y le da un pequeño aporte (fl. 33-34 cdno. Anexo 1).

e) Copia de la audiencia de fallo del 19 de abril de 2010 en la que se resuelve declarar la vulneración de derechos a favor del niño Deyvid Elisain y vincularlo al programa hogar gestor (fl. 40-42 cdno. Anexo 1).

f) Copia de la diligencia de ubicación del niño Deyvid Elisain de fecha 19 de abril de 2010 en el programa de atención socio familiar hogar gestores para niños con discapacidad por valor de 309.000 pesos el cual se debe destinar para el beneficio del menor y el mejoramiento de la salud nutricional y para acceder a los requerimientos en salud y educación (fl. 72 cdno. Anexo 1).

g) Informes psicológicos: a) del 10 de mayo de 2010 en el que se informa que el niño está vinculado a un programa educativo que le ha permitido relacionarse con los padres, en este momento ya tiene amigos con quienes juega balón (fl. 74-75 cdno. Anexo 1); b) del 2 de junio de 2010 (fl. 78-80 cdno. anexo 1); del 28 de junio de 2010 (fl. 81-90 cdno. anexo 1)

h) Copia del auto de 11 de julio de 2012 por medio del cual se resuelve prorrogar al niño Deyvid Elisain el programa de la medida hogar gestor (fl. 83-85 cdno. anexo 1).

i) Informe psicológico del 30 de julio de 2010 en el que consta que ya hubo aceptación por parte de los padres hacia el niño y que “el niño le ha ido bien en su labor educativa. Respecto de la patología se sugiere a la abuela proteger la piel y prevenir que se formen ampollas, evitando el calor, mantener la piel, la mayor parte del día humectada, usar ropa suave (fl. 86-87 cdno. anexo 1).

j) Copia del auto de prórroga de fecha 7 de febrero de 2011 del niño Deyvid Elisain Villamizar en el programa Hogar Gestor (fl. 92-94 cdno. anexo 1).

k) Copia del informe de seguimiento del 8 de mayo de 2011 en el que consta que “la abuela del niño ha cumplido con llevar al niño al especialista el día 14 de marzo de 2011” (fl. 98-99 cdno. anexo 1); del 4 de julio de 2011 en el que se indica que el subsidio se debe priorizar en lo referente a los tratamientos médicos, medicamentos y loncheras. El niño se observó menos irritada la piel, la madre biológica ha afianzado el vínculo afectivo, el niño continúa en la escuela. La progenitora lo visita dos o tres veces por semana. En general la familia le está dando cumplimiento al programa (fl. 108-109 cdno. Anexo 1); del 9 de agosto de 2011 en el que se informa que la abuela del niño ha cumplido con los requerimientos del programa y trae el carné de la EPS-S Famisalud (fl. 111-112 cdno. Anexo 1); del 21 de noviembre de 2011 en el que se informa que fue valorado por medicina general el 16 de agosto de 2011 (fl. 121-122).

l) Informe psicológico del 11 de agosto de 2011 en el que consta que el niño se encuentra en adecuadas condiciones y se observa que le están suministrando los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad;

n) Auto de prórroga de la medida de hogar gestor para el niño Deyvid Elisian Villamizar de fecha 11 de enero de 2012 (fl. 125-127 cdno. anexo 1).

ñ) Informe nutricional del 6 de febrero de 2012 (fl. 128-129), del 13 de marzo de 2012 (fl. 130-131), del 12 de abril de 2012 (fl. 136-137 cdno. anexo); del 9 de mayo 2012 (fl. 138-139 cdno. anexo); del 13 de junio de 2012 (fl. 140-141 cdno. anexo 1); del 8 de agosto de 2012 (fl. 142-143 cdno. anexo 1); del 19 de septiembre de 2012 (fl. 144-145 cdno. anexo 1).

o) Auto de prórroga de la medida de hogar gestor a Deyvid Elisain Villamizar de fecha 2 de noviembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012 (fl. 146-147).

p) Auto de prórroga de la medida de hogar gestor a Deyvid Elisian Villamizar de fecha 2 de enero de 2013 (fl. 150-151) hasta el 30 de junio de 2013 (fl. 150-151 cdno. anexo 1).

q) Copia de facturas de compra de ropa y alimentos y medicamentos, transporte a Cúcuta de enero, febrero y mayo de 2013 (Fl. 156-165, 172-174 cdno. Anexo 1).

r) Acta de reunión del 8 de marzo de 2013 para orientar a las familias de la modalidad hogar gestor en la creación del proyecto productivo a la que asistió Maria Socorro Villamizar (fl. 166-168); constancia de la asistencia de capacitación al Icbf centro zonal Pamplona (fl. 191); copia del acta de reunión del 22 de abril de 2013 a la capacitación a las madres de hogar gestor en las 18 prácticas claves de la estrategia AIEPI (fl.192-193 cdno. Anexo 1);

s) Copia de la valoración nutricional del 9 de abril de 2014 (fl. 186-188 cdno. Anexo 1) en el que se recomienda respecto del niño la importancia del consumo de frutas, lácteos y visita al odontólogo

t) Copia de la valoración nutricional del 15 de mayo de 2013 (fl. 196-198 cdno. Anexo 1); copia de la valoración psicológica del 21 de mayo de 2013 en la que se indica “niño de 7 años en adecuadas condiciones a nivel emocional y psicomotor propios de la etapa de desarrollo evolutiva en la que se encuentra el infante. Su ambiente familiar y social es sano lo que le ha facilitado el proceso de adaptación a los diferentes entornos” (fl. 199-201 cdno. Anexi 1).

2.7.2 La Alcaldía de Pamplona informó que Deyvid Elisain Villamizar se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud del Régimen Subsidiado de la EPS Salud Vida en el municipio de Pamplona; que María del Socorro Villamizar se encuentra afiliada

como beneficiaria en Saludcoop EPS y Omaira Villamizar como cotizante en la misma EPS.

Señaló que en calidad de auditora interna del régimen subsidiado “vigilará e inspeccionará la prestación de los servicios de salud de manera prioritaria al menor Deyvid Elisain Villamizar, según los principios consagrados en los artículos 13, 48 y 49 de la Constitución Política, cada vez que sea requerido ante esta instancia por el usuario y/o interesado”.

Indicó que María Socorro se encuentra priorizada en el programa Consorcio Mayor, para ser beneficiaria de los subsidios otorgados para el adulto mayor en estado de indigencia según Decreto 3771 de 2007 artículo 29 y que el niño Deyvid Elisain Villamizar se encuentra inscrito en el Registro de Caracterización y Localización de personas con discapacidad con el fin de intensificar las acciones dirigidas a su favor en los eventos de suministro de ayudas técnicas e inclusión de programas, entre otros.

Agregó que María Socorro Villamizar está inscrita en el programa presidencial Más Familias En Acción junto con el menor Deyvid Elisain, por quien recibe incentivo por educación.

2.7.3 María Socorro Villamizar Villamizar informó que su condición económica es precaria, que se dedica al arreglo de ropa de segunda, a los oficios del hogar y a cuidar a los niños Deyvid Elisain y Marlyn Manuela. Dijo que su hija Omaira, es la que compra todo, incluyendo los remedios.

Indicó que Deyvid Elisain “está un poquito enfermo, con la enfermedad, no escucha casi por la enfermedad que tiene, tiene como vejigas y todo, el olor que emana es feo,(...) muy enfermito hasta los dedos”.

Anexó copia de un certificado médico proferido por Matilde Llanos de Terán del 14 de marzo de 2013 en la que consta que “Deyvid Villamizar tiene Ictiosis Congénita, la cual es una enfermedad no contagiosa, puede vivir en comunidad, sin ningún riesgo. En este momento se encuentra estable, es una enfermedad congénita”; copia del dictamen médico de fecha 31 de agosto de 2010 del niño Deyvid Elisain Villamizar en el que por dermatología le diagnostican piel: ictiosis de tipo eritrodermia ictiosiforme congénita y certificación proferida por Sergio Cáceres, médico dermatólogo, el 9 de noviembre de 2009 en la que se indica que el niño “nació con zonas denudadas (sic) sin piel, luego le salieron escamas que se han engrosado y oscurecido, lesiones escamosas tomando ampliamente cara, tronco y

miembros con áreas oscuras verruciformes en el tronco de aspecto sucio. Compromete pliegues de axilas y codos. Respecto de palmas y plantas. Adecuado peso y talla. (...) Debe continuar manejo en dermatología del Hospital Erasmo.

Copia de las facturas de compra de loción acid mantle de fecha 21 de agosto de 2013 y copia de consultas medicas realizadas en el Hospital Universitario Erasmo Meoz de fecha 16 de junio 2009 en el que consta que está vinculado al sistema general de salud en el nivel 1. Copia de la historia clínica desde el nacimiento hasta el 30 de noviembre de 2005 donde se le diagnostica su enfermedad y formato de autorización de servicios de salud de cita con pediatra de fecha 9 de octubre de 2012.

2.7.4 La Alcaldía de Santo Domingo de Silos adjuntó certificado del 7 de mayo de 2014 en el que consta que “Omaira Villamizar Villamizar (...) labora en el municipio como secretaria auxiliar de tesorería, mediante contrato de libre nombramiento y remoción desde el 1 de enero de 2012 hasta la fecha, devengando un salario de novecientos sesenta y seis mil doscientos noventa y siete pesos (\$966.297.00 M7CTE)”.

2.7.5 Omaira Villamizar Villamizar dio a conocer el siguiente informe financiero mensual: “Total ingresos: sueldo alcaldía como secretaria auxiliar: \$966.297; Total egresos: aportes a la seguridad social: \$37.500, aportes a pensiones \$37.500, arriendo en el municipio de Silos \$150.000; alimentación en el municipio de Silos \$150.000; Transporte \$ 50.000; alimentación de los niños a cargo mío: \$150.000; colegio del niño \$40.000; Universidad de mi hija Marlin Manuela \$150.000; servicios de mi casa de habitación de la casa de habitación en Pamplona \$200.000”.

2.7.6 El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Unidad Básica Pamplona, remitió copia del oficio no. UBPMPL-DSNTSANT-00337-2014 del 7 de mayo de 2014, en el que consta el examen realizado al niño Deyvid Elisain Villamizar Villamizar. En éste se describe la enfermedad actual, se resume la información disponible en los documentos aportados por el paciente, los antecedentes personales, se realiza la revisión por sistemas, examen físico y se profiere diagnóstico clínico y la conclusión.

En el examen físico se señala respecto de la piel, lo siguiente: “descamación generalizada y resequedad en toda la piel, se observan áreas con pequeñas costras. Se observan rescadas las palmas de las manos, las plantas de los pies y el cuero cabelludo”, el

diagnostico clínico es “ictiosis de tipo eritrodermia ictiosiforme congénita” y la conclusión es la siguiente “el menor examinado Deyvid Elisain Villamizar padece de la enfermedad ictiosis de tipo eritrodermia ictiosiforme congénita. Esta enfermedad es de carácter congénito, crónica, irreversible e incurable que genera una grave deficiencia en el órgano de la piel y su función protectora, lo cual produce en quien la padece limitación y restricción de las actividades de la cotidianidad, en el interactuar y en la participación plena de la sociedad, por lo cual constituye una discapacidad”.

2.7.7 El representante legal de Saludvida EPS señaló que Deyvid Elisain Villamizar se encuentra afiliado al régimen subsidiado en el municipio de Pamplona desde el 02/05/2012; que “en relación con el diagnostico ictiosis congénita, es preciso informar que no existe evidencia en nuestra base de datos, en relación con requerimientos asociados de manera directa a la patología que padece el menor”.

Indica que la última valoración del menor data del 17 de febrero de 2014 y se le han autorizado los siguientes servicios: 12/09/2012 servicio de promoción y prevención en salud; 7/10/2012 urgencias; 9/10/2012 urgencias; 10/10/2012 valoración por pediatría; 3/11/2012 rayos X; 17/02/2014 valoración consulta externa.

Señala que no existe requerimiento acerca de la patología del menor, los cuales no hayan sido autorizados y, agregó que “si existe algún requerimiento por parte de los médicos tratantes, en relación con los servicios de salud, se insta a la accionante para que se acerque a las instalaciones de Saludvida EPS en la ciudad de Pamplona, con el fin de surtir el trámite a que haya lugar”.

Afirma que la EPS Saludvida no ha vulnerado los derechos del accionante y que están prestos a garantizar los servicios de salud que requiere el agenciado en virtud su patología.

Adjuntó copia de la consulta externa del 17 de febrero de 2014 en la que se señala: “paciente con antecedente de ictiosis congénita dx por dermatología previamente quien declara discapacidad dado dx confirmado por biopsia, requiere manejo con acid mantle y jabon efal, niega sintomatología adicional, refiere que dado su patología la piel del paciente es frágil presentando vesicular frecuente ante trauma leve” piel: descamación y resequedad de la piel en toda su extensión se observan zonas de lesiones flictenas

secundarias a trauma con secreción serosa, múltiples costas” y conducta “paciente con idx de ictiosis, dx por dermatología y biopsia, requiere para sus cuidados jabon efal, locion acid mantle y urederm crema, asiste solicita, consulta médica, dado que cursa con proceso de tutela para consecución de medicamentos aluminio acetato loción- aplicar en la piel”.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Problema jurídico y esquema de resolución

Debe esta Sala determinar si el ICBF vulneró el derecho a la salud de Deyvid Elisain Villamizar, al retirarlo del programa Hogar Gestor por Discapacidad, en razón al cumplimiento del plazo y por considerar que había cesado la condición de vulnerabilidad.

Asimismo, debe esta Sala establecer si el Estado, a través de otras instituciones, y la familia del niño Deyvid Elisain Villamizar, en virtud del principio de corresponsabilidad, deben, dentro del marco de sus capacidades, suplir las necesidades de salud del niño.

Con el fin de resolver, los problemas jurídicos expuestos, esta Sala se pronunciará acerca: i) La protección especial de que son sujetos los menores por parte de la familia, la sociedad y el Estado y ii) los lineamientos generales del programa de Hogar Gestor con Discapacidad como una política Estatal para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

i) La protección especial de que son sujetos los menores por parte de la familia, la sociedad y el Estado

1. El artículo 44 de la Constitución Política establece que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

El mismo artículo constitucional dispone que son derechos fundamentales de los niños: “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión” y los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Los derechos de los niños, por expresa disposición constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás. Los niños “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

2. Grosso modo, del artículo 44 de la Constitución Política se infiere la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de proteger y cuidar a los niños. Igualmente, el principio de prevalencia del interés superior del menor y el carácter fundamental de algunos derechos como la salud.

3. Al establecer textualmente la Norma Superior que la responsabilidad en el cuidado de los niños recae en la familia, la sociedad y el Estado, se deriva que la primera entidad llamada a velar por el cuidado de los niños es la familia.

4. La familia es entonces el ámbito primario de satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de allí que constitucionalmente se consagre que todos los niños tienen derecho a una familia, no ser separados de ella y a la protección que debe ser brindada por ésta (artículo 44 C.P.).

4.1 En correspondencia con lo anterior, diversos artículos de la Constitución Política resaltan la importancia y el deber de proteger a la familia en la sociedad. Así, el artículo 5 dispone que la familia es la institución básica de la sociedad; el artículo 15 establece el derecho a la intimidad familiar; el artículo 28 reconoce que nadie puede ser molestado en su persona o familia y el artículo 42 dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que el Estado y la sociedad garantizan su protección integral y que la misma tiene derecho a la honra, a la dignidad y a la intimidad.

4.2 La Constitución al disponer que la familia es el núcleo de la sociedad y garantizar, por tanto, su protección, reconoció, en términos de esta Corporación[1], una realidad sociológica, política y jurídica de una unidad social que encierra el respeto recíproco, la ayuda entre sus integrantes y el cuidado a los más débiles.

4.3 En concordancia con lo anterior, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no

ser expulsados de ella.

De igual manera, dispone que los padres tienen la obligación de orientar, cuidar, acompañar y criar a los niños, niñas y adolescentes y asegurar que se logre el máximo nivel de satisfacción de sus derechos (artículo 14); e impone una serie de obligaciones a la familia para garantizar los derechos de ese grupo poblacional (artículo 39), entre las que se encuentran:

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal; (...)
5. Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas (...)
7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos; (...)
15. Proporcionarles a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad un trato digno e igualitario con todos los miembros de la familia y generar condiciones de equidad de oportunidades y autonomía para que puedan ejercer sus derechos (...)

De acuerdo con lo anterior, la familia es la primera entidad llamada a velar por la protección de los niños, niñas y adolescentes. El papel del Estado es subsidiario frente a la ausencia en la protección por parte de la familia, por lo que su intervención, en principio, y partiendo precisamente del carácter fundamental de esta institución, se centra en apoyarla para que cumpla su obligación de asistir y proteger al menor. En este sentido, el Estado no tiene competencia para asumir ni para reemplazar el papel de la familia en cuanto a la protección del menor.

De este modo, cuando en la familia se vulneran los derechos de sus integrantes, en especial de los más débiles, la razón de su protección pierde sustento, y es en este escenario, donde la sociedad y, de manera particular, el Estado debe intervenir para evitar los abusos, contrarrestar las consecuencias de tales conductas y restablecer los derechos vulnerados.

Es así como por expresa disposición constitucional, el Estado debe intervenir para proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

5. La sociedad también es partícipe del proceso de protección al menor y tiene entre sus obligaciones promover los derechos de los niños y su carácter prevalente; responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben sus derechos y las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes (artículo 40 Ley 1098 de 2006).

6. En lo que respecta al Estado, éste tiene el papel general de ser el garante de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 C.P.) y debe garantizar de manera prevalente el ejercicio de todos los derechos de los niño, niñas y adolescentes consagrados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos y en la Ley 1098 de 2006.

7. Esta Corporación, ha afirmado que cuando la familia no se encuentra en condiciones de asumir su compromiso constitucional, le corresponde al Estado adoptar políticas especiales para el cuidado de los niños que incluye la procura en la rehabilitación e integración social[2].

Lo anterior da cuenta de que el Estado protege a la familia y a su intimidad, y solo, en lo que respecta a la protección de los niños, interviene en ella, ante la evidente situación de vulnerabilidad en que éstos se encuentren, no para suplir, en principio, el papel del grupo esencial, sino para proveerlo, por medio de sus entidades y programas, de herramientas para que esta misma unidad cese esa situación en el marco de su intimidad.

De manera específica y no taxativa, el Estado, conforme con la Ley 1098 de 2006, tiene, entre otras, las siguientes obligaciones:

- “1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes;
2. Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y

adolescencia; (...)

4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados; (...)

10. Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo (...);

13. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna (...)

15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes, (...)

27. Prestar atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia" (artículo 41).

8. De este modo, se ha de ver que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de atender, cuidar y proteger a los niños, niñas y adolescentes; a dicha actuación en conjunto, se le ha denominado legalmente como corresponsabilidad o responsabilidad compartida.

En relación con lo anterior, el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 dispone:

Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

Esta Corporación se ha pronunciado acerca del principio de corresponsabilidad, por ejemplo, al analizar casos relacionados con la educación para niños en condición de discapacidad[3] y la atención de enfermos mentales crónicos o con discapacidad[4], y ha concluido que la corresponsabilidad hace referencia a la concurrencia de actores y de acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos. Asimismo ha resaltado el papel de la familia, de los particulares y del Estado en el cuidado de los enfermos bajo el manto del principio de solidaridad en el marco de sus posibilidades y siendo el Estado el principal garante de su bienestar.

9. Ahora bien, de la misma norma constitucional, se deriva el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás.

Al respecto, esta Corporación en múltiples pronunciamientos[5] ha puntualizado que este principio busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en consideración a la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentre el menor, lo que quiere decir que las medidas a adoptar deben estar acordes con las condiciones especiales que requiere el menor para su crecimiento y formación y estar, a su vez, en armonía con las herramientas jurídicas con que cuenta el Estado.

De este modo, el principio no tiene un contenido único, sino que su aplicación se genera en una situación relacional que implica ofrecer al niño o niña, mayores garantías y beneficios para proteger su formación y desarrollo de acuerdo con el marco de acción con que cuenta el Estado y en armonía con la situación particular del menor afectado.

10. De igual forma, la norma constitucional establece el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, el cual es aún más esencial cuando se trata de un niño en condición de discapacidad (artículo 47 C.P.) que requiere de atención médica para el desarrollo de su vida en condiciones de dignidad.

En sintonía con la anterior, diversas disposiciones del orden internacional han reconocido la importancia de satisfacer el derecho a la salud del menor[6]; y la garantía a los servicios de salud de las personas con discapacidad[7].

10.1 Del mismo modo, normas en el ámbito nacional de manera específica en relación con la salud de los niños y niñas han determinado que tienen derecho a una salud integral,

entendida ésta como “la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o recuperación de la salud” (artículo 27 Ley 1098 de 2006).

En concordancia con lo anterior, el Sistema de Seguridad Social en Salud tiene, entre otras, la obligación de garantizar atención oportuna y de calidad a todos los niños, las niñas y los adolescentes, en especial en los casos de urgencias, y disponer, lo necesario para que todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tengan derecho a recibir por parte del Estado, atención, diagnóstico, tratamiento especializado y rehabilitación, al igual que los cuidados especiales de salud, orientación y apoyo a los miembros de la familia o las personas responsables de su cuidado y atención (numeral 5 y 12, respectivamente, del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006).

10.2 En cuanto a los menores con discapacidad, entendida ésta como “una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana”, tienen el derecho a “gozar de una calidad de vida plena y a que se les proporcione las condiciones necesarias por parte del Estado para que pueda valerse por sí mismos e integrarse a la sociedad” (artículo 36 de la Ley 1098 de 2006).

Y en especial “todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención (...)” (numeral 2) y “a ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad (...)” (numeral 4 del artículo 36 de la Ley 1098 de 2006).

11. Finalmente, se ha de resaltar que en diversas providencias esta Corporación ha determinado que el derecho a la salud de los niños con discapacidad conlleva la accesibilidad a los servicios de salud y la continuidad en los tratamientos que le son brindados.

12. Conforme con lo anterior, se concluye que la Constitución Política reconoce la situación de debilidad de los niños, niñas y adolescentes, y la necesidad de establecer acciones positivas en procura de su protección y del restablecimiento de sus derechos cuando los

mismos han sido vulnerados.

En este contexto, del artículo 44 de la Norma Superior se derivan principios de esencial importancia para el bienestar del menor, como lo es el reconocimiento del carácter fundamental al derecho a la salud, la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al menor y el principio de prevalencia de su interés superior. Estas figuras, como se vio en el análisis precedente, suministran bases que permiten cumplir el objetivo de proteger al menor, como lo son:

- a) La consideración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la primera llamada a satisfacer los derechos fundamentales del menor;
 - b) La obligación Estatal de proteger los derechos de todos los habitantes, de garantizar los derechos de los menores y de proveer herramientas a la familia para que, en el marco de sus capacidades y competencia, cumpla con el fin de cuidar al menor;
 - c) La injerencia del Estado en la familia cuando el menor se encuentre en una situación de vulnerabilidad y la adopción de medidas acordes con la situación particular del niño y con el orden jurídico vigente en procura de su mejor desarrollo y bienestar; y
 - d) El carácter fundamental del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad que requiere de tratamientos médicos acordes con su enfermedad para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad.
- ii) El Programa de Hogar Gestor con Discapacidad como una política Estatal para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

13. Como se señaló, en principio el Estado debe enfocarse en la protección del niño. Empero, cuando ha ocurrido una vulneración a sus derechos, su obligación, conforme con el principio de prevalencia del interés superior del menor, es procurar su restablecimiento, para lo cual el Estado debe actuar en conjunto a través de las instituciones públicas creadas para ese efecto.

14. La Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, tiene por objeto garantizar la protección integral y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en los instrumentos internacionales, la

Constitución Política y las leyes (artículo 2).

Las normas previstas en dicho código tienen la característica de ser de orden público, irrenunciables y de aplicación preferente respecto de las disposiciones contenidas en otras leyes (artículo 5).

Asimismo, dicho compendio normativo dispone la aplicación de la norma más favorable al menor (artículo 6).

Esta misma normatividad expresamente dispone que el deber de protección integral del niño, incluye la prevención de la amenaza o vulneración de sus derechos y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior (artículo 7).

15. En concordancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1098 de 2006 establece que “el Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes” y de manera específica dispone que “el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (...) definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Asimismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas” (parágrafo).

De la misma forma, se instituyeron autoridades para el cumplimiento y ejecución de las medidas de restablecimiento de derechos, entre las cuales están los jueces de familia, las defensorías de familia y diversas dependencias del ICBF de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes a su vez cuentan con un equipo técnico del que forman parte un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista, cuyos conceptos tienen el carácter de dictamen pericial (artículo 79).

16. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con

la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Estas políticas públicas de infancia, adolescencia y familia se rigen por los principios de: 1. El interés superior del niño, niña o adolescente; 2. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; 3. La protección integral; 4. La equidad; 5. La integralidad y articulación de las políticas; 6. La solidaridad; 7. La participación social; 8. La prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia; 9. La complementariedad; 10. La prioridad en la inversión social dirigida a la niñez y la adolescencia; 11. La financiación, gestión y eficiencia del gasto y la inversión pública; y 12. La perspectiva de género (artículo 203).

17. Del mismo modo, la Ley 1098 de 2006 regula lo relacionado con el restablecimiento de derechos y entiende por tal, la restauración de la dignidad e integridad de los niños, niñas y adolescentes como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados (artículo 50)

La obligación del restablecimiento de derechos la tienen todas las autoridades públicas (artículo 51), quienes antes de adoptar cualquier medida deben verificar, entre otros aspectos, la salud física y psicológica del menor, el estado de nutrición, el entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos; la vinculación al sistema de salud y seguridad social; entre otros elementos que le proporcionarían sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de los derechos (artículo 52)

18. Entre las medidas de restablecimiento de derechos se encuentran la amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; el retiro del niño de la actividad que amenace sus derechos y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; la ubicación en medio familiar; la ubicación en centros de emergencia; la adopción, entre otras (artículo 53).

Esta Corporación, ha definido[8] que cualquier medida que se tome para el restablecimiento de derechos debe basarse en una real situación fáctica y debe obedecer a criterios de racionalidad y proporcionalidad. De este modo, se debe 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”.

19. Una de las medidas que establece el código es la de ubicación en familia de origen o extensa. Con esta medida se busca que el niño esté con sus padres o parientes, si éstos ofrecen las condiciones para garantizar el ejercicio de sus derechos. En este escenario, si la familia no cuenta con recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, se le informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para efecto de garantizar estos recursos (artículo 56).

Además, está la medida de vinculación a programas de atención especializada que asegure el restablecimiento de derechos vulnerados de acuerdo con las problemáticas sociales que afectan a los niños (artículo 60).

20. La Resolución 6024 de 2010 del ICBF aprobó 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.

Dicho lineamiento, grosso modo, se caracteriza por centrarse en la familia o redes sociales de apoyo próximo para que éstas sean las primeras en garantizar los derechos de los niños durante su proceso de formación. Precisamente, se privilegia la permanencia del niño en el entorno familiar y se acompaña con servicios de intervención especializado.

21. Entre los programas creados por el ICBF está el de Hogar Gestor para personas en condiciones de discapacidad, el cual se sustenta, entre otros, en los artículos 15, 17, 22 y 36 de la Ley 1098 de 2006, que establecen el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para el cuidado de los niños, el derecho a la buena calidad de vida de los menores, el derecho a tener una familia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

Con este programa se busca restablecer los derechos de los niños en condición de amenaza o vulneración con discapacidad o enfermedad de cuidado especial que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar y de

esta manera, con el apoyo del Estado, la familia corresponsablemente asume la protección integral del niño.

Es una alternativa que se aplica cuando la familia ofrece condiciones comprobadas para acoger, brindar cuidado, afecto y atención al niño y puede asumir la gestión en su desarrollo integral con apoyo institucional y articulación de la red de servicios del Estado, pero que por su condición de extrema pobreza se encuentra en amenaza de vulneración de derechos.

En este sentido, el programa va dirigido a brindar herramientas a la familia para el mejoramiento de la atención a niños, para el empoderamiento en la utilización de redes de servicios para asumir su corresponsabilidad en la atención de las necesidades de sus hijos, y para promover la inclusión de los niños en los servicios institucionales, sociales y comunitarios de la localidad o municipio.

22. El programa tiene el objetivo de fortalecer a la familia mediante dos líneas de acción: acompañamiento familiar y aporte económico, para que ésta pueda contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente.

En lo que respecta al acompañamiento familiar, incluye el objetivo de orientar y suministrar información para la búsqueda de alternativas sociolaborales para fortalecer la capacidad de suficiencia o autogestión de la familia e impulsarlas en la generación de proyectos productivos.

El apoyo económico se concreta en la entrega de un aporte mensual o bimensual para satisfacer las necesidades básicas del niño. El desembolso de los recursos se hace mes vencido, usando como criterio, el valor cupo mes, por cupo efectivamente utilizado.

22.1 El programa consta de cuatro fases:

a) La primera es la identificación, diagnóstico y acogida para el ingreso del niño. Entre otros aspectos, se verifica que el niño esté afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso negativo se orienta a la familia para que logre su vinculación, y se realizan pactos familiares en el que se incluyen metas de cumplimiento, prioridades, acciones o estrategias y responsables de la entidad y de la familia, lo cual permite

determinar y evaluar los avances y el cambio en las condiciones familiares.

b) La segunda es la fase de intervención y proyección, en la que se desarrollan acciones para fortalecer a la familia a nivel individual y social, orientarla para que a partir de la vinculación al sistema de salud garantice las intervenciones y tratamientos que el niño necesite, por lo que se debe verificar que la familia esté cumpliendo los controles, tratamientos y medicamentos determinados por el médico; se analizan los componentes como de amor y afecto que busca promover el fortalecimiento de las relaciones familiares; el de ciudadanía con el que se busca la inclusión social efectiva de las personas con discapacidad; el de productividad; el de gestión social que busca promover la relación de la familia con las instancias de gobierno y otros sectores sociales.

c) La tercera fase es la preparación para el egreso, en el que se desarrollan estrategias y acciones para la salida de la familia del hogar gestor, a partir de cumplimiento de objetivos, se debe garantizar que el niño pertenece al sistema de salud, que la familia comprende la necesidad de continuar con el tratamiento, esto es, que reconoce que el niño tiene derecho a ser atendido en salud y conoce los procedimientos para acceder a los servicios que requiere, en términos de tratamientos e intervenciones específicas; se debe verificar que el niño tiene un soporte básico para mantener el bienestar emocional adecuado, entre otros.

22.2 En lo que atañe con el tema de la supervisión y seguimiento, es necesario hacer énfasis en la responsabilidad de la familia en el proceso de fortalecimiento como condición fundamental para la garantía de los derechos niños, niñas y adolescentes con discapacidad, lo que implica el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

22.3 El programa estima una permanencia del menor beneficiario de dos años en la modalidad, prorrogables por un (1) año más, de acuerdo con el concepto de la Defensoría de Familia y su Equipo Técnico Interdisciplinario apoyado en el concepto del Equipo Técnico Interdisciplinario del Operador. Además se sustenta en el criterio de rotación, el cual hace referencia a un niño, niña o adolescente por cupo al año.

Empero, se ha de resaltar que por medio de la Resolución 1395 de 2012 se modificó el mencionado lineamiento técnico en el sentido de que “la permanencia en el servicio está sujeta al cumplimiento de objetivos particulares de atención, por ello, podrán reducirse o

prolongarse los lapsos de permanencia para desarrollar procesos de atención de menor o mayor complejidad, respectivamente, sin embargo como estándar se define una permanencia de seis (6) meses en el servicio para cada caso, cuando se supere este término, deberá realizarse un estudio del caso particular entre la Defensoría de Familia y la Institución Operadora”.

23. La finalidad del hogar gestor es mantener al niño en su núcleo familiar, brindando un apoyo económico y asesoría técnica, promoviendo procesos de socialización, crianza y facilitando el acceso a los servicios necesarios para la atención de su discapacidad. La medida es transitoria, de allí que el compromiso sea el de superar las condiciones de vulnerabilidad social y económica que le permita a la familia retomar la responsabilidad en el cuidado de sus hijos e hijas[9].

24. En diversas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado respecto de la medida de hogar gestor. Sus decisiones parten del supuesto de hecho en que niños o niñas con discapacidad han sido excluidos del programa por sobrepasar el término de permanencia en el mismo. Sin embargo, el punto de debate se centra en si persiste o no la situación de vulnerabilidad que dio origen a la inclusión en el programa.

24.1 En sentencia T-244 de 2005 se analizó el supuesto de hecho en el que a una menor con discapacidad cognitiva (retardo mental moderado, retardo del lenguaje, retardo psicomotor y síndrome convulsivo), le fue terminada la medida de hogar gestor, en aquella época denominada, hogar biológico, luego de pasados 8 años desde su inclusión. Entre las pruebas obrantes en el expediente, constaba un documento que daba cuenta de la gravedad de la situación en la que se encontraba la niña por haberse cerrado el hogar biológico y la necesidad de recibir terapias de manera constante.

En este caso, la Corte confirmó los fallos de instancia que negaron la solicitud de amparo de los derechos de la menor. Fundamentó su decisión en lo siguiente:

- a) Entre las obligaciones del ICBF está la de informar la transitoriedad de la medida;
- b) En este caso la madre de la niña en el lapso de 8 años ha podido asumir el compromiso de realizar las gestiones necesarias para asegurar el acceso a los servicios de educación, salud y rehabilitación;

c) No es consecuencia del hogar biológico, las complicaciones en la salud de la niña, por cuanto el diagnóstico lo tiene desde el nacimiento y la enfermedad puede ser tratada por medio del sistema de seguridad social, para lo cual los padres deben realizar las acciones pertinentes.

d) Los padres de la niña tienen el deber de continuar con el tratamiento, al cual ha contribuido el Estado, para lograr la integración social que se persigue.

e) No se puede prorrogar indefinidamente la medida, cuando según los técnicos del ICBF los objetivos buscados se cumplieron y la defensorías de familia están facultadas para modificar la medida decretada (artículo 59 del Código del Menor)

24.2 En la sentencia T-608 de 2007 esta Corporación analizó el caso de dos menores, uno con una discapacidad del 100% y el otro con parálisis cerebral, que habían permanecido en el hogar gestor durante 6 y 9 años, respectivamente. En el primero de los casos la familia dependía del salario mínimo que devengaba el padre y en el segundo la madre no trabajaba, en razón a que debía atender a su hijo con discapacidad.

La Corte evidenció en este caso que al momento de ingreso al programa, legalmente no se habían definido los estándares de evaluación del mismo, ni se les había advertido a los beneficiarios la temporalidad de la medida.

Consideró que, si bien, per se, no es contrario a la Constitución Política, dar por terminada una medida de protección, cuando la misma tiene la característica de ser transitoria, en los casos concretos analizados estimó que las autoridades tenían el deber de informar el carácter transitorio de la misma, evaluar que los niños a los que se les cesó, efectivamente hubieran ingresado al sistema de seguridad social en salud y realizar un acompañamiento posterior a la terminación de la medida[10].

En razón a lo anterior, esta Corporación concluyó que la decisión de terminar el programa de restablecimiento de derechos en los casos analizados es contraria a los derechos de los menores a recibir asistencia del Estado, y teniendo en cuenta que no existe una evaluación que dé cuenta de la superación del estado de vulnerabilidad ordenó:

i) Realizar una nueva evaluación con el objeto de determinar si dadas sus

circunstancias actuales, y a la luz de las previsiones del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, cabe la adopción de una medida de protección en los términos allí previstos y si los menores están recibiendo por parte de las instituciones del Estado la atención a la que tienen derecho en materia de educación y de salud.

ii) Si no se fuere así, ordenó realizar el acompañamiento necesario para que tal atención les sea brindada de manera adecuada y satisfactoria.

iii) Si de acuerdo con los criterios que se han fijado en el ICBF, los menores se hacen acreedores a una medida de protección especial, la entidad deberá decretarla de manera inmediata, allegando para ello nuevos recursos y sin que quepa afectar, en razón de tal medida, a personas con medidas en curso o que se encuentren en turno para acceder a ellas

24.3 En sentencia de tutela T- 816 de 2007 se analizó el caso de un niño con diagnóstico de autismo con psicosis infantil y quien había estado seis años vinculado al programa de hogar gestor.

Partiendo del supuesto de hecho de que el menor no está afiliado a ninguna EPS; que la madre del menor tenía un ingreso semanal de \$60.000 pesos y que la ayuda del padre es insuficiente, esta Corporación consideró que:

a) La falta de vinculación al programa puede llegar a interrumpir el tratamiento del menor, si no se logra su vinculación a otro programa, y que

b) El límite temporal del hogar gestor, debe apreciarse en armonía con otros criterios que permitan concluir que la terminación de la medida no va a lesionar derechos fundamentales del menor.

Conforme con lo anterior, ordenó que la medida de hogar gestor debe continuar, hasta tanto se logre la vinculación del menor a una institución estatal ya sea del orden nacional, distrital o municipal o a una entidad privada, donde pueda seguir recibiendo los tratamiento que requiere bajo la supervisión del ICBF.

24.4 Finalmente, en sentencia de tutela T- 075 de 2013 esta Corporación ordenó al ICBF la reinclusión de una niña de 9 años al programa Hogar Gestor, al considerar que no había

cesado la situación de vulnerabilidad, como lo había considerado la entidad demandada, a pesar de que había sobrepasado el término de permanencia estipulado.

En este caso, se trataba de una niña con diagnóstico de microcefalia, retardo psicomotor y síndrome de rett, su núcleo familiar estaba compuesto por la mamá y tres niños más que vivían en una habitación y sobrevivían del trabajo por días que tenía la mamá. En el trámite de la acción de tutela, se constató que la madre de la niña no trabajaba, pues la menor requiere de cuidados permanentes dada su condición médica.

Así la Corte concluyó que el ICBF desatendió la dimensión ius fundamental de los derechos de la niña al desvincularla del programa Hogar Gestor, por cuanto:

a) No se cumplió con el objetivo de fortalecer a la familia con factores de generatividad, para que de manera corresponsable la familia asuma eficientemente la atención de las necesidades que merece la niña, por lo que su permanencia en la modalidad es aún insuficiente.

c) El concepto emitido por el equipo técnico interdisciplinario no era conducente para que se declarara terminada la medida;

d) El conflicto entre los derechos de la niña y la afectación del presupuesto del ICBF, se debe desatar en pro de quien ese encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta.

De este modo, en razón de la precaria situación económica familiar, las condiciones de discapacidad y vulnerabilidad en que se encuentra el hogar, se ordenó vincular nuevamente a la niña la medida de restablecimientos de derechos de hogar gestor, sin que ello conlleve la desvinculación de otro menor.

25. Conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, es pertinente concluir respecto de la medida de hogar gestor para personas con discapacidad que:

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.

d) La falta de presupuesto, no constituye en principio, una razón para que los niños sean excluidos del programa. Y la orden de reingreso al programa, no debe generar en la exclusión de otro menor en estado de vulnerabilidad.

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.

26. Así, el niño en condición de discapacidad es un sujeto especial de protección constitucional, que requiere de acciones afirmativas para la satisfacción de sus derechos. Quienes inicialmente son los llamados a hacerlo, es su núcleo familiar y ante la deficiencia del mismo, el Estado tiene la obligación de brindar ayuda y herramientas para que la familia pueda cesar el estado de vulnerabilidad y seguir con la satisfacción de los derechos que requiere el menor. Conforme con lo anterior, es dable concluir que es legítimo terminar una medida transitoria a favor de un menor. El único requisito es que dicha terminación se haga de manera adecuada y proporcional a las condiciones específicas en que se encuentre el menor y su respectivo núcleo familiar y de acuerdo con las especificaciones del programa y las subreglas determinadas por esta Corporación.

Caso concreto

27. Conforme con el supuesto de hecho base de esta acción constitucional y las consideraciones jurídicas expuestas, esta Sala considera que el ICBF no vulneró el derecho a la salud del niño Deyvid Elisain Villamizar, al tomar la decisión de excluirlo del programa hogar gestor, tras considerar que se habían cumplido los objetivos y se había superado el término de permanencia en el mismo.

28. Las razones que sustentan la anterior afirmación son las siguientes:

28.1 De las pruebas obrantes en el expediente se advierte, respecto de la situación de salud del niño Deyvid Elisain Villamizar, que padece de una enfermedad denominada "ictiosis de tipo eritrodermia ictiosiforme congénita"; que requiere de un tratamiento médico y que según concepto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es una enfermedad congénita, crónica, irreversible e incurable que restringe las actividades de la cotidianidad y que por lo mismo es discapacitante.

En lo que atañe con el núcleo familiar en el cual se encuentra el niño Deyvid Elisain Villamizar, se ha de señalar que la abuela materna es quien ha asumido activamente el papel de garante de los derechos del menor, quien ha enfrentado el proceso de restablecimiento de derechos seguido por el ICBF asumiendo el cumplimiento de las responsabilidades y compromisos derivados del proceso administrativo. Según las pruebas obrantes en el expediente, la abuela del menor es modista, su trabajo es ocasional, por lo que no cuenta con una fuente de ingresos para su sustento, recibe un subsidio de \$30.000 pesos por el programa familias en acción y ocasionalmente cuenta con el apoyo económico de sus hijos.

En el 2008, al constatarse la situación de vulnerabilidad, en razón a la extrema pobreza en que se encontraba el niño Deyvid Elisain Villamizar, ingresó como beneficiario del programa hogar gestor, por lo cual recibía una orientación familiar y un apoyo económico, el que, según afirma la accionante, iba dirigido esencialmente a satisfacer sus necesidades de salud.

El ICBF, en el marco del programa hogar gestor para personas con discapacidad, ejecutó acciones relacionadas con el acompañamiento, asesoría y apoyo económico para el

fortalecimiento familiar del niño Deyvid Elisain Villamizar de las cuales dan cuenta las actas de seguimiento a la situación del menor que fueron relacionadas en el numeral 2.7.1.7.3 en el trámite surtido ante esta Corporación.

Entre los compromisos asumidos por la familia del niño y que constan en dichas actas se encuentran: a) el de invertir el apoyo económico en la superación del estado de vulnerabilidad del menor, aspecto que se constataba con la entrega al ICBF de facturas que daban cuenta de que la inversión del dinero recibido se hacía en medicamentos, ropa y alimentos a favor del niño afiliado al programa; b) el compromiso de estar atentos a la prestación de los servicios de salud del menor, circunstancia que se probaba con la entrega de las fórmulas médicas que daban cuenta de la visita del menor a un profesional de la salud, entre otros. Además, en las actas de seguimiento se evidencia que la accionante conocía de la transitoriedad de la medida y adquirió el compromiso de presentar un proyecto productivo.

En el concepto de egreso del programa hogar gestor, del 12 de junio de 2013, se afirmó que el niño Deyvid Elisain Villamizar se encontraba estable emocionalmente, estaba en buenas condiciones de salud; que el niño está afiliado a la EPS-S Saludvida; que la madre del menor trabaja y recibe un salario; que al menor lo cuida la abuela quien recibe \$75.000 por parte de la madre, \$30.000 por el programa familias en acción en beneficio del menor y algunas veces recibe ayuda económica por parte de sus otros hijos.

En esta fase de egreso, consta que el ICBF se comprometió a hacer un seguimiento a la situación del menor y a verificar que la EPS le suministre los medicamentos que el niño Deyvid Elisain Villamizar requiere, ya que el Sistema General de Seguridad Social es quien debe garantizar que el niño reciba la medicina. Se constató, con fecha del 11 de julio de 2013, que el menor está siendo atendido en sus servicios de salud, por un médico particular, según informa la acudiente.

28.2 Conforme se anotó anteriormente, el programa de hogar gestor busca fortalecer a la familia y proveerlas de herramientas que satisfagan los derechos fundamentales de los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Es una medida de carácter transitorio, que no busca suplir las necesidades del menor que se encuentra en estado de discapacidad, sino apoyar a la familia para el manejo de dicha situación, el cese de la

situación de vulnerabilidad y la permanencia de un estado de bienestar.

28.3 Visto lo anterior, esta Sala considera que:

28.3.1 El sólo hecho de excluir al menor del programa y la consecuencia inmediata de que el núcleo familiar del menor no reciba un apoyo económico, que según afirman, iba dirigido a costear el tratamiento médico, no genera per se, una vulneración del derecho a la salud del menor, por cuanto, existe prueba en el expediente de que el menor está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS-S Saludvida y que dicha entidad se encuentra en disposición de prestar los servicios que requiera.

Además, se ha de reiterar que, de acuerdo con el programa hogar gestor, el apoyo económico iba dirigido a satisfacer el objetivo de cesar la situación de vulnerabilidad y apoyar el fortalecimiento de la familia, para que ésta asuma la obligación de garantizar el bienestar del menor.

Permitir derivar sin mayor análisis, que como el apoyo económico estaba dirigido exclusivamente al tratamiento de la enfermedad del menor, entonces es necesario el apoyo económico de manera indeterminada, implicaría desnaturalizar no sólo el carácter transitorio de la medida, sino también la finalidad misma del programa que no es suplir las necesidades de la discapacidad, la cual, en este caso, es permanente e indefinida, sino el de brindar apoyo para que la familia con ayuda de las entidades estatales busque la satisfacción de dichos derechos.

De igual manera, resalta la Sala que el núcleo familia del menor Deyvid Elisain Villamizar conocía del carácter transitorio de la medida.

28.3.2 Ahora, de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia un cambio en positivo en la situación del menor desde el ingreso al programa hasta su salida definitiva, esto es, el cese de la situación de vulnerabilidad.

Esta Sala advierte que al momento de ingresar al programa, el grupo familiar estaba en una situación de extrema pobreza, el lazo filial entre la madre y el niño era reducido y el cuidado de éste estaba sólo a cargo de la abuela, hoy accionante; el niño se sentía excluido en razón a su enfermedad y no se encontraba escolarizado.

Con la intervención del ICBF hubo un cambio en dicha situación y se logró un principio de acercamiento entre la madre y el niño; la madre consiguió un empleo (2010), le empezó a enviar \$50.000 pesos mensualmente y actualmente le envía \$75.000 pesos a la abuela para cubrir las necesidades del menor; la madre lo visita semanalmente; el niño ya no se siente excluido, estudia y juega con sus compañeros de escuela.

Conforme con lo anterior, es posible concluir que la actuación del ICBF se ajustó a los objetivos del programa y la exclusión del menor del programa, no obedeció solamente al exceso de permanencia en el programa, sino también al cese de su situación de vulnerabilidad.

28.3.3 En lo que respecta a las herramientas dadas a la familia para el cuidado del menor, se ha de señalar que el ICBF motivó y guió a la abuela acudiente del menor para la generación de un proyecto productivo, el cual a la fecha no se ha concretado; guió el proceso de acercamiento entre la madre que estaba ausente y el niño beneficiario de la medida y vigiló la satisfacción del derecho a la salud del menor.

28.3.4 Todo lo anterior, evidencia el cambio en las condiciones de vida del niño Deyvid Elisain Villamizar, las cuales razonablemente permitieron concluir al ICBF que había cesado el estado de vulnerabilidad del menor, y por ende que debía ser excluido del programa, además de haberse superado el estado de permanencia en el programa.

28.4 Empero, lo expuesto no exonera al ICBF de continuar con el cumplimiento de sus obligaciones; de estar al tanto de la situación del menor de manera posterior al egreso, de reiterar a la familia la necesidad de apoyarse en el sistema general de seguridad social en salud para la satisfacción de las necesidades médicas del menor y de guiar su actuación ante dicho sistema.

Asimismo el ICBF debe propiciar el vínculo de la familia con otras autoridades públicas, y si es pertinente, con particulares, que permitan mantener el bienestar del menor. Todo esto en aras de evitar que el niño Deyvid Elisain recaiga en una situación de vulnerabilidad, evento en el cual se ha de evaluar la pertinencia y la necesidad de alguna medida que permita el restablecimiento de sus derechos.

29. Ahora bien, esta Sala no es ajena a la condición de discapacidad del niño y a las razones

expuestas por la parte accionante relacionadas con que el medicamento que requiere el menor es muy costoso; que el dinero que recibe la madre del niño no es suficiente para satisfacer este requerimiento y que la abuela no tiene un ingreso mensual fijo para satisfacer sus necesidades. Estas situaciones, en consideración de la Sala, de prolongarse podrían generar un nuevo estado de vulnerabilidad del niño Deyvid Elisain Villamizar.

Esto es, el niño se encuentra en un margen determinante de dependencia de la familia y del Estado, y por lo mismo requiere que éstas cumplan sus obligaciones y en el marco de su competencia, propendan por el mantenimiento de su bienestar.

En este sentido, y en virtud del principio de prevalencia del interés superior del menor y de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para el cuidado y la protección del niño, se hace necesario instar a las autoridades públicas, a la empresa promotora de salud y a la familia para que, en el marco de sus competencias y obligaciones, ejecuten las acciones necesarias para mantener la satisfacción de los derechos del menor Deyvid Elisain Villamizar, y en especial su derecho a la salud.

29.1 De este modo, de la intervención de la Alcaldía de Pamplona esta Sala resalta el compromiso adquirido de vigilar e inspeccionar la prestación del servicio de salud de manera prioritaria al menor Deyvid Elisain Villamizar cada vez que se requiera. Así como la vinculación del niño y de su acudiente a programas sociales que permitan el mantenimiento del bienestar del menor, por lo que esta Corporación instará al cumplimiento de los compromisos mencionados.

En la contestación a esta acción de tutela, se resalta la afirmación de la EPS-S Saludvida de que “si existe algún requerimiento por parte de los médicos tratantes, en relación con los servicios de salud, se insta a la accionante para que se acerque a las instalaciones de Saludvida EPS en la ciudad de Pamplona, con el fin de surtir el trámite a que haya lugar”.

29.2.1 Al respecto, según información y documentos allegados por la EPS-S Saludvida, advierte la Sala que el 17 de febrero de 2014 el menor Deyvid Elisain Villamizar fue valorado por consulta externa por un médico adscrito a la mencionada EPS-S. En dicha consulta se concluyó como conducta a seguir que el paciente “(...) requiere para sus cuidados jabon efal, locion acid mantle y ureaderm crema (...)”.

Conforme con lo anterior, esta Sala resalta que el menor Deyvid Elisain Villamizar acudió a la consulta con un médico adscrito a la EPS-S Saludvida y que se ordenó para sus cuidados “jabon efal, locion acid mantle y ureaderm crema”, insumos que no constan hayan sido proporcionados al menor.

29.2.2 Esta Corporación advierte que los insumos solicitados no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con lo previsto en la Resolución 5521 de 2013 “Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”, e incluso expresamente en dicha Resolución se excluye de manera específica los jabones y las cremas hidratantes del Plan Obligatorio de Salud (numeral 25 y 26 del artículo 130).

En razón a lo anterior, esta Sala considera pertinente reiterar que cuando un medicamento es excluido del POS, las normas que así lo consagran deben ser inaplicadas en aras de garantizar la supremacía de la Constitución, cuando:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo[11]”.

En este caso, se advierte que el menor padece una enfermedad congénita, crónica, irreversible e incurable y que requiere de unos insumos para asegurar unos condiciones mínimas de salud; que al parecer dichos medicamentos no pueden ser sustituidos por otros que se encuentren en el plan obligatorio de salud; que el menor está en el régimen subsidiado y su núcleo familiar no cuenta con recursos suficientes para costear los medicamentos requeridos y que los servicios fueron ordenados por un médico adscrito a la EPS-S a la cual está afiliado.

Conforme con lo expuesto, es justificable para este caso inaplicar las normas del POS en virtud de la supremacía de la Constitución y salvaguardar de este modo el derecho a la salud del niño Deyvid Elisain Villamizar y la continuidad en su tratamiento médico. Además

advierte la Sala que si bien la exclusión de jabones y cremas del POS puede estar justificada en consideración a ser elementos de uso personal y suntuario, en este caso, y de acuerdo con las fórmulas médicas obrantes en el expediente, se advierte que el jabón y la crema que requiere el menor son esenciales para el tratamiento de su enfermedad, por lo que se ordenará, en caso en que aún no hubiera ocurrido, que los insumos mencionados sean suministrados por la EPS-S Saludvida en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta sentencia, y sean entregados de manera permanente de acuerdo con los requerimientos médicos.

Asimismo, se advierte a la EPS-S Saludvida, que se encuentra facultada[12] para recobrar al Fosyga[13] los gastos en que incurra por la prestación de los servicios médicos, suministro de medicamentos y procedimientos que no se encuentre incluidos en el POS.

En todo caso, esta Corte insta a la EPS-S Saludvida a estar atenta a los requerimientos del paciente, al suministro de las medicinas e insumos recetados por el médico tratante y, en general, a la satisfacción de su derecho a la salud del niño Deyvid Elisain Villamizar.

29.3 Por su parte, el núcleo familiar de Deyvid Elisain Villamizar debe tomar un papel activo en la solicitud de servicios y medicamentos que requiera el menor ante la EPS-S a la cual el niño esté afiliado y, cuando sea el caso, acudir ante la Alcaldía de Pamplona para lograr su bienestar y velar por unas condiciones dignas de existencia del menor.

29.3.1 En especial, esta Sala llama la atención a Omaira Villamizar, madre del niño Deyvid Elisain Villamizar, a que asuma de manera responsable sus obligaciones como madre, pues es la primera llamada a asistir y proteger al menor en ejercicio de su patria potestad, ya que de las pruebas obrantes en el expediente se advierte que quien ha estado activamente en el proceso de restablecimiento de derechos del niño ha sido su abuela María Socorro Villamizar y se espera por tanto un mayor esfuerzo para contribuir al desarrollo y bienestar de su hijo.

29.3.2 De igual forma, se resalta el papel de María Socorro Villamizar, abuela del niño Deyvid Elisain Villamizar, quien ha estado de manera activa en el proceso de cesación del estado de vulnerabilidad del niño, ha asumido y cumplido compromisos que lograron su bienestar. Compromisos que en principio se esperaban hubieran sido asumidos por la madre del menor.

30. En razón a lo anterior esta Sala negará el amparo del derecho a la salud del menor Deyvid Elisain Villamizar invocado por María Socorro Villamizar respecto del ICBF-Centro Zonal Pamplona y lo amparará respecto de la EPS-S Saludvida, e instará al ICBF, a la Alcaldía de Pamplona, a la EPS-S Saludvida y al núcleo familiar del menor compuesto por María Socorro Villamizar y Omaira Villamizar para que en el marco de su capacidad de acción mantengan el bienestar del niño Deyvid Elisain Villamizar y en especial satisfagan sus necesidades en salud.

31. Finalmente, se advierte que la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el 9 de octubre de 2013, revocó el amparo decretado en este caso por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona. Sin embargo, en la parte resolutive omitió hacer señalar de manera específica la decisión a adoptar. En este sentido, esta Sala confirmará el fallo de segunda instancia en lo relacionado con revocar la sentencia de primera instancia y adicionalmente negará el amparo solicitado.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: Confirmar, la sentencia proferida el 9 de octubre de 2013 por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por medio de la cual se resolvió revocar el fallo de primera instancia que concedió el amparo solicitado.

Segundo: Negar, por las razones expuestas en esta providencia, el amparo del derecho a la salud de Deyvid Elisain Villamizar solicitado por María Socorro Villamizar respecto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Centro Zonal Pamplona y ampararlo respecto de la EPS-S Saludvida.

Tercero: En consecuencia, ordenar a la EPS-S Saludvida que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta sentencia, suministre, si aún no lo ha hecho, a Deyvid Elisain Villamizar los insumos: “jabon efal, locion acid mantle y ureaderm crema” que requiere para el tratamiento de su enfermedad, los cuales deben ser

proporcionados de manera permanente de acuerdo con los requerimientos médicos.

Cuarto: Facultar a EPS-S Saludvida a recobrar ante el Fosyga los gastos en que incurra por el suministro a favor de Deyvid Elisain Villamizar de los insumos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y que fueron objeto de esta acción constitucional.

Quinto: Instar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Centro Zonal Pamplona, a la Alcaldía de Pamplona, a la EPS-S Saludvida y a Maria Socorro y Omaira Villamizar para que en el marco de su capacidad de acción mantengan el bienestar del niño Deyvid Elisain Villamizar y satisfagan sus necesidades en salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia y en especial con los numerales 28.4 y 29 de la parte considerativa de esta providencia.

Sexto: Dar por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] T-182-99

[2] T-1034-01.

[3] T-699-11.

[4] T-458-09, T-867-08, entre otras.

[5] T-979-01, T- 510-03, T-397-04, T-075-09, entre otros.

[6] Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Niño y se puede derivar del el artículo 12 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

[7] El artículo 25 de Ley 1346 de 2009, Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. dispone que: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la

promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando estos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

[8] T-572-09.

[9] T-244-05.

[10] De manera más específica las falencias que evidenció la Corte respecto del ICBF en los casos analizados, fueron las siguientes:

a) No existe evidencia acerca de la evaluación de las medidas tomadas para que los niños ingresaran a los servicios que ofrece el sistema de salud y de este modo asegurar que, con la cesación del subsidio, no se iba a afectar el proceso de rehabilitación de los menores.

b) No hubo una fase de transición ni de acompañamiento posterior a la cesación de la medida, más aún cuando el prolongado tiempo en el programa pudo haber generado condiciones de dependencia que hiciesen traumático el cese intempestivo de la medida de protección.

c) No se observa coordinación entre las distintas entidades del Estado responsables de la atención de los menores, ni apoyo para inserción interinstitucional.

d) No hubo advertencia acerca del carácter temporal de la medida.

e) La evaluación que conceptuó de manera favorable el egreso fue precaria, pues se centró en el límite temporal máximo de la medida y no en el logro de los objetivos propuestos, pues no se demostró que el apoyo se tradujo en mejores condiciones para la familia para atender las necesidades del menor con el apoyo de la red de servicios del Estado.

[11] Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-557 y T-829 de 2006 (MP Manuel José Cepeda

Espinosa), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-565 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-788 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-1079 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.”

[12] Antes de la sentencia T- 760 de 2008 los recobros de la EPS del Régimen Subsidiado por los servicios de salud que se suministraran y que se encontraran excluidos del POS se hacían ante el Fosyga, muestra de esta tendencia se dio en la sentencias T-1048-03, T-165-07, T-799-06. De igual forma antes de la referida sentencia también se facultaba a la EPS el recobro a la dirección territorial de salud del respectivo departamento T-799-06. En la sentencia del año 2008 se definió “que cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda”. Igual consideración se tomó en la sentencia C- 463-08 al señalar que “con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. (...). En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001”. Tesis reiterada en la T- 922-09. En lo que respecta a los procedimientos para recobrar, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 3099 de 2008 en el que se reguló el procedimiento de recobro a

Fosyga y se reconoció que los recobros cuando se trata del régimen subsidiado corresponde efectuarlos a las respectivas entidades territoriales, sin determinar el procedimiento que se debe seguir antes éstas, este factor sumado a que las entidades territoriales no cuentan con una asignación de recursos para cubrir el gasto en que se incurre por el suministro de servicios en salud que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud, conduce a que el recobro se siga efectuando ante el Fosyga como se ve en sentencia T-864-10 y T-972-10 entre otras.

[13] Por regla general la EPS del Régimen Subsidiado no tienen la obligación de suministrar los procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, la Resolución 3384 de 2000 en su artículo 8 dice lo siguiente: “Responsabilidad de las administradoras del régimen subsidiado frente a los procedimientos y suministros NO POS-S incluidos en las guías de atención. De conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las actividades, procedimientos e intervenciones establecidos en las guías de atención y no incluidos en el POS-S, no son de carácter obligatorio para las ARS y en consecuencia ellas no serán responsables de la realización ni financiación de los mismos. Éstas tendrán prioridad para ser atendidas en forma obligatoria en las instituciones públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, para el efecto con cargo a los recursos del subsidio a la oferta”.