

Sentencia T-608/07

PERSONA CON DISCAPACIDAD-Es sujeto de especial protección constitucional

DERECHOS DEL NIÑO-Protección

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Disposiciones internacionales

MENOR DISCAPACITADO-Protección constitucional y legal

HOGAR BIOLOGICO-Origen

HOGAR GESTOR-Sustento legal/HOGAR GESTOR-Objetivo general y específico

MENOR DISCAPACITADO-Hogar biológico especial es una medida transitoria adoptada por el ICBF

HOGAR BIOLOGICO-Propósito

HOGAR BIOLOGICO O GESTOR-Carácter temporal

MENOR DISCAPACITADO-Insuficiencia en la política del Estado orientada a su atención

MENOR DISCAPACITADO EN CONDICION DE EXTREMA POBREZA-Vulneración de sus derechos fundamentales por parte del ICBF al terminarles las medidas de protección

Referencia: expedientes T-1282405 y T-1287808

Accionantes:

Teresa Velasco

María Yolanda Jiménez García

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro de los procesos de tutela identificados con los números de radicación T-1282405 y T-1287808, instaurados separadamente por Teresa Velasco, en representación de su hija María Yolima Rojas Velasco, y María Yolanda Jiménez García, en representación de su hijo Braider Duvier Hoyos Jiménez contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

I. ANTECEDENTES

La Sala de Selección No. 2 de la Corte Constitucional, mediante auto del 24 de febrero de 2006, decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-1282405 y T-1287808. En el mismo auto, la Sala decidió acumular entre sí estos expedientes por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma Sentencia.

1. Expediente T-1282405

1.1. La solicitud

1.2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto de 6 de diciembre de 2005 el Juzgado 5º de Familia de Bogotá asumió el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, dispuso notificar a las partes y oficiar a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer.

1.3. Oposición a la demanda

Mediante escrito radicado el 7 de diciembre de 2005, la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, se opuso a las pretensiones de la

demanda de tutela.

1. Los hechos

1.4.1. Mediante Resolución 004 del 23 de octubre de 1996 el ICBF declaró en situación de peligro a la menor María Yolima Rojas Velasco, debido a la situación de parálisis cerebral que la aquejaba y a que la familia no contaba con recursos para su rehabilitación, y dictó medida de protección bajo la modalidad de hogar biológico, ubicándola en su propia familia, con su señora madre Teresa Velasco.

1.4.2. La medida de protección que amparaba a la menor bajo la referida modalidad se materializaba en un apoyo para fortalecer la capacidad de su familia para integrarse a los programas sociales y reducir los factores de riesgo, así como un subsidio económico transitorio.

1.4.3. Mediante Resolución 006 del 21 de noviembre de 2005 el ICBF decidió terminar la medida de protección con modalidad de auxilio económico en el hogar biológico de la menor.

1.4.4. En noviembre 15 de 2005, la accionante había elevado un derecho de petición ante el ICBF para solicitar que la medida especial de protección adoptada a favor de su hija se mantuviera hasta que se produjera su rehabilitación.

1.4.5. En su respuesta a la anterior petición, el ICBF le manifestó a la accionante que la medida especial de protección adoptada en favor de su hija se fundamenta en el numeral 6º del artículo 57 del Código del Menor y que la misma obedeció a la situación irregular que pudiese afectar a la menor, y no a la discapacidad como tal, razón por la cual se trata de una medida transitoria equiparable en ese aspecto a lo que se ha previsto para la medida de colocación familiar, la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código del Menor tiene previsto un término de seis meses de duración.

Agrega el ICBF que, en el caso de la accionante, la medida, adoptada en 1996, se ha extendido por nueve años y que en la localidad se encuentra un gran número de niños, niñas y adolescentes en espera de una oportunidad para recibir un subsidio, razón por la cual la

rotación de cupos es necesaria para garantizar la igualdad.

En criterio de la accionante la referida actuación del ICBF es violatoria de los derechos fundamentales enunciados en la acción de tutela, por varias razones, que pueden sintetizarse así:

1.5.1. La menor María Yolima Rojas Velasco desde los dos años de edad, a raíz de un encefalocèle occipital roto, padece parálisis cerebral severa, está completamente parapléjica, y su familia carece de recursos para su rehabilitación.

1.5.2. El programa suspendido se orientaba a asegurar a la menor una mejor calidad de vida y condiciones de rehabilitación. La continuación del programa se justifica por cuanto los ingresos familiares se reducen a los que aporta el padre, en cuantía de \$381.500 mensuales, dado que la madre no trabaja, para dedicar su tiempo a la menor discapacitada y al cuidado de sus otros hijos, uno de los cuales tiene severos problemas de audición y epilepsia.

1.6. Pretensión

Para la protección de los derechos fundamentales que considera le han sido vulnerados, la accionante solicita que se ordene a la accionada que continúe con el programa de hogar biológico que se había constituido mediante resolución del 23 de octubre de 1996, en beneficio de la menor María Yolima Rojas Velasco.

1.7. La oposición

En su escrito de oposición a la solicitud de amparo, Mónica López López, defensora de Familia de la Regional Bogotá del ICBF expresa que, para terminar con la medida de protección con modalidad de auxilio económico en el hogar biológico de la menor María Yolima Rojas Velasco, se tuvo en cuenta, entre otras consideraciones, que se había cumplido el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico y los lineamientos del ICBF para este tipo de apoyo.

Agrega que el acto administrativo por medio del cual se dispuso terminar con el referido apoyo no fue recurrido por la accionante.

Señala que el “hogar biológico” es una medida de protección amparada en el numeral 6º del artículo 57 del Código del Menor, como modalidad de atención en el medio familiar de origen, dirigida a niños, niñas y adolescentes con discapacidad, menores de 18 años, que se encuentren en situación de peligro y cuyas familias, identificadas mediante valoración socioeconómica y familiar, presenten una alta vulnerabilidad social y carecen de oportunidades para satisfacer adecuadamente las necesidades fundamentales de sus hijos.

De acuerdo con los lineamientos del ICBF, prosigue, la duración del apoyo económico brindado a la familia biológica es de seis meses, prorrogables hasta por dos años, según concepto del equipo técnico de protección, con el compromiso de la familia de superar las condiciones de vulnerabilidad.

Finaliza diciendo que ese carácter transitorio de la medida de protección fue avalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-244 de 2005, en la cual se expresó que los hogares biológicos especiales para menores discapacitados, tienen como propósito apoyar económicamente a sus familias y brindarles orientación y apoyo técnico para que puedan superar las circunstancias que dieron origen a la medida de protección, pero que se trata de una medida de carácter transitorio dados los escasos recursos y la gran demanda de atención de menores que se encuentran en esas condiciones.

2. Expediente T-1287808

2.1. La solicitud

La accionante, obrando en representación de su menor hijo Braider Duvier Hoyos Jiménez, presentó acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por una presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad personal y al mínimo vital, en la que considera incurrió la entidad demandada al haber retirado al menor, que sufre de discapacidad, el apoyo económico que recibía a través del programa de hogar biológico.

2.2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto de 6 de diciembre de 2005 el Juzgado 10º de Familia de Bogotá asumió el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, dispuso notificar a las partes y oficiar a

la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer.

2.3. Oposición a la demanda

Mediante escrito radicado el 9 de diciembre de 2005, la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela.

1. Los hechos

2.4.1. Mediante Resolución 0020 de 1999 el ICBF declaró en situación irregular al menor Braider Duvier Hoyos Jiménez, debido a la situación de parálisis cerebral que lo aquejaba y a que la familia no contaba con recursos para su rehabilitación, y dictó medida de protección bajo la modalidad de hogar biológico, ubicándola en su propia familia, con su señora madre María Yolanda Jiménez García.

2.4.2. La medida de protección que amparaba al menor bajo la referida modalidad se materializaba en un apoyo para fortalecer la capacidad de su familia para integrarse a los programas sociales y reducir los factores de riesgo, así como un subsidio económico transitorio.

2.4.3. Mediante Resolución 0069 del 30 de noviembre de 2005 el ICBF decidió terminar la medida de protección con modalidad de auxilio económico en el hogar biológico del menor. En los considerandos de la resolución se expresa que el 13 de septiembre de 2005 se realizó valoración y seguimiento al menor Braider Duvier, por parte del equipo psicosocial y nutricional del ICBF con el fin de justificar el cierre, o por el contrario justificar la permanencia del menor dentro del programa de hogar biológico. Se agrega que el concepto muestra un menor en buenas condiciones, con un núcleo familiar estable y con bases como la unión, el afecto y el amor. Concluyen las consideraciones señalando que el menor lleva seis años en el programa y ha superado el término previsto en los lineamientos del programa de hogares biológicos, razón por la cual debe terminarse la medida de protección para dar la oportunidad a otros menores que requieren el apoyo, cumpliendo con la política de rotación de cupos que

preserve el derecho a la igualdad.

2.4.4. En noviembre 10 de 2005, la accionante había elevado un derecho de petición ante el ICBF para solicitar que la medida especial de protección adoptada a favor de su hijo se mantuviera hasta que se produjera su rehabilitación.

2.4.5. En su respuesta a la anterior petición, el ICBF le manifestó a la accionante que la medida especial de protección adoptada en favor de su hijo se fundamenta en el numeral 6º del artículo 57 del Código del Menor y que la misma obedeció a la situación irregular que pudiese afectar al menor, y no a la discapacidad como tal, razón por la cual se trata de una medida transitoria equiparable en ese aspecto a lo que se ha previsto para la medida de colocación familiar, la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código del Menor tiene previsto un término de seis meses.

Agrega el ICBF que en el caso de la accionante, la medida, adoptada en 1996, se ha extendido por seis años y que, como es sabido por ella, en la localidad se encuentra un gran número de niños, niñas y adolescentes en espera de una oportunidad para recibir un subsidio, razón por la cual la rotación de cupos es necesaria para garantizar la igualdad.

1. Fundamento de la acción

En criterio de la accionante la referida actuación del ICBF es violatoria de los derechos fundamentales enunciados en la acción de tutela, por cuanto su hijo presenta una discapacidad del 100% y es dependiente en la misma proporción. En su derecho de petición la accionante había expresado que su familia, de la que hacen parte tres menores, se sostiene con el salario mínimo que devenga su compañero, razón por la cual le resulta imposible cubrir los gastos de rehabilitación de su hijo.

2.6. Pretensión

Para la protección de los derechos fundamentales que considera le han sido vulnerados, la accionante solicita que se ordene a la accionada que continúe con el programa de hogar biológico que se había constituido mediante resolución del 23 de octubre de 1996, en beneficio del menor Braider Duvier Hoyos Jiménez.

2.7. La oposición

Mónica López López, Defensora de Familia de la Regional Bogotá del ICBF se opuso a las pretensiones de la demandante con argumentos que, en lo esencial coinciden con los manifestados dentro del expediente T-1282405.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Expediente T-1282405

1.1. Primera instancia

El Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, mediante providencia del 14 de diciembre de 2005, resolvió denegar el amparo solicitado en la tutela de la referencia.

En criterio del juez, en el presente caso la accionante no hizo uso de los recursos a su disposición en la vía gubernativa, razón por la cual no puede, con posterioridad, acudir a la acción de tutela.

El anterior fallo no fue impugnado.

2. Expediente T-1287808

2.1. Primera instancia

El Juzgado 10 de Familia de Bogotá, mediante providencia del 16 de diciembre de 2005, resolvió denegar el amparo solicitado en la tutela de la referencia.

En criterio del juez, en el presente caso se está ante un derecho de rango legal, puesto que las condiciones de la medida de protección que amparaba al menor están previstas en la ley, y ya se han superado los términos establecidos para la misma, sin que de las deficiencias de salud que presenta el menor se desprenda que el ICBF debe continuar suministrándole los beneficios que ha recibido hasta el momento.

Agrega que como quiera que la medida de protección se terminó por el cumplimiento de sus

objetivos y la superación del término previsto para la misma, corresponde a los padres del menor discapacitado, como primeros obligados, buscar otra solución estatal que cubra sus requerimientos.

2.2. Impugnación

El anterior fallo no fue impugnado.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

2. Información suministrada en sede de revisión

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas consideró que, no obstante que de la respuesta de la entidad accionada en los respectivos procesos de tutela se desprende que parece haber obrado con sujeción a las disposiciones legales que rigen la materia, no hay claridad sobre las políticas públicas específicamente orientadas a atender la situación de los menores discapacitados en hogares de escasos recursos, razón por la cual decidió que era necesario practicar algunas pruebas que van más allá de las circunstancias concretas que dieron lugar a los procesos de la referencia, pero que son determinantes para establecer si en ellos se ha producido una violación de los derechos fundamentales de los menores y, en esa eventualidad, cuales habrían de ser las medidas de protección.

En ese escenario la Sala resolvió solicitar a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Consejería Presidencial de Programas Especiales de la Presidencia de la República y al Ministerio de Protección Social, el suministro de información sobre:

a. El marco jurídico específico que se maneja en el ICBF para la atención de los menores discapacitados, en particular en relación con la modalidad de “Hogares biológicos especiales para menores discapacitados”, y con las medidas específicas de apoyo con carácter permanente que existan para la atención de los menores discapacitados y de sus familias de bajos recursos.

a. Si está en ejecución, y en qué condiciones, el Plan Nacional de Intervención en Discapacidad, indicando qué programas específicos se han puesto en ejecución, en desarrollo de ese plan, o, en general, de las políticas públicas para la atención a los discapacitados, en beneficio de los menores discapacitados y de sus familias de bajos recursos, indicando los componentes de los programas, las fuentes de financiación y los recursos efectivamente incorporados en los presupuestos para el efecto.

Adicionalmente la Sala resolvió solicitar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, Centro Zonal Tunjuelito que suministrara la siguiente información:

a. Si al margen de la consideración sobre el carácter temporal del programa de “Hogares biológicos especiales para menores discapacitados”, se realizó una evaluación específica de los hogares de BRAIDER DUVIER HOYOS JIMÉNEZ y de MARIA YOLIMA ROJAS VELASCO que mostrara que ya no requerían de ese apoyo institucional, o, en caso contrario, indicara las medidas alternativas o complementarias que se requiriesen para atender su situación.

b. Cuál ha sido el acompañamiento a las familias de BRAIDER DUVIER y de MARIA YOLIMA en la identificación de fuentes alternativas de apoyo, ante la exclusión del programa de hogares biológicos.

2.2. Información suministrada por el ICBF – Centro Zonal Tunjuelito

La defensora de Familia del Centro Zonal Tunjuelito del ICBF respondió el requerimiento de la Corte Constitucional manifestando, en primer lugar, que “... cuando se tomó la medida de cesar la medida de Hogar Biológico a favor de los menores BRAIDER DUVIER HOYOS JIMÉNEZ y MARIA YOLIMA ROJAS VELASCO se evaluó específicamente los 18 hogares biológicos creados en la localidad ...”.

Señala que en el ámbito funcional del ICBF, la figura del hogar biológico encuentra fundamento en el numeral 6º del artículo 57 del Código del Menor y se aplica a niños, niñas y adolescentes con discapacidad, menores de 18 años, que se encuentren en situación de peligro y cuyas familias, identificadas mediante valoración socioeconómica y familiar, presentan una alta vulnerabilidad y carecen de oportunidades para satisfacer las necesidades fundamentales de los menores.

Señala que el ICBF realizó la evaluación de 18 hogares biológicos entre los cuales se encontraban los de los menores Braider Yuvier y Yolima, y se encontró que en muchos casos se había superado el límite temporal máximo de la medida de protección que es de seis meses prorrogables hasta por dos años. En el caso de Braider 6 años y el caso de Yolima 9 años.

Expresa que de acuerdo con los lineamientos del ICBF el hogar biológico es una medida de protección de carácter eminentemente transitorio que busca atender a los menores en su medio familiar de origen y que contempla un subsidio económico para aquellas familias que dada su situación de alta vulnerabilidad, no pueden atender adecuadamente las necesidades del menor.

Para sustentar su posición cita la doctrina fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-244 de 2005.

En relación con la menor Yolima Rojas Velasco, señala que la decisión de suspender la medida de protección fue notificada el 25 de noviembre de 2005, sin que la progenitora interpusiera ningún recurso. Que el caso fue analizado mediante equipo interdisciplinario de fecha 13 de septiembre de 2005, en el cual se conceptuó "... que la niña se encuentra en un hogar con jefatura femenina; afectuosa y preocupada por el bienestar y calidad de vida de sus hijos; la menor está vinculada al nivel integral con sus derechos básicos garantizados; la menor cuenta con el apoyo del progenitor y abuela paterna de los niños; la madre trabaja en casa como lavandera de ropa; vive en casa propia; se observan buenas condiciones habitacionales para la niña." Agrega que "... la menor se encuentra cubierta por el régimen de salud EPS SUBSALUD (sic)".

Con respecto al menor Braider Yuvier expresa que se le otorgó el hogar biológico por espacio de cinco años, que se le realizó equipo psicosocial y nutricional que, en fecha 13 de septiembre de 2005 conceptuó: "familia funcional donde la señora YOLANDA construye una relación afectiva hace 4 años y tiene un tercer hijo; con su compañero se apoya económica y emocionalmente; ella trabaja en la casa cosiendo y en lencería, viven en estrato 02 en apartamento con todos los servicios; el menor se encuentra en buenas condiciones de aseo y generales". Agrega que se acudió a la acción de tutela sin agotar la vía gubernativa.

Expresa la defensora de familia que debe tenerse en cuenta que en la localidad de Tunjuelito

existe un número considerable de menores discapacitados que han solicitado y esperado el apoyo del ICBF por varios años y que el estudio realizado mostró que existían casos de hogares biológicos de hasta doce años. La falta de rotación de los cupos disponibles, prosigue, resulta atentatoria del derecho a la igualdad.

Finaliza señalando que se ha orientado a las madres de las menores para que movilicen otras instituciones como DABS, Bienestar Social para el apoyo de los menores discapacitados.

1. ICBF

La Directora Técnica de la Subdirección de Intervenciones Directas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, envió a la Corte un documento con las respuestas a los interrogantes planteados.

2.3.1. En relación con el marco jurídico que de manera específica regula para el ICBF la atención de menores con discapacidad, expresa que el mismo se centra en el Código del Menor, Decreto 2737 de 19891. Agrega que, así mismo, para la gestión de sus servicios, el ICBF tiene en cuenta la Ley 361 de 1997, y en el ámbito internacional, la Norma Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, de diciembre de 1993 de las Naciones Unidas.

El ICBF transcribe las siguientes disposiciones del Título VII del Código, relativo al menor que presenta deficiencia física, mental, sensorial o mental:

ARTICULO 222. Para efectos de este título, se entiende por menor deficiente aquel que presenta limitación temporal o definitiva de su capacidad física, sensorial o mental que dificulte o imposibilite la realización autónoma de las actividades cotidianas y su integración al medio social.

ARTICULO 223 La atención de los menores deficientes compete prioritariamente a la familia, y complementaria y subsidiariamente al Estado, en los términos de este Código.

En este orden el menor tiene derecho a recibir la educación especializada, la capacitación laboral que corresponda y las demás actividades de rehabilitación requeridas.

La renuencia u oposición injustificada de los padres o guardadores a cumplir las obligaciones señaladas en el inciso anterior, será sancionada con multas de uno (1) a doscientos (200) salarios mínimos legales diarios, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada día de salario mínimo legal de multa, conforme a las normas del presente Código, sin perjuicio de la aplicación de las medidas de protección que sean necesarias.

ARTICULO 224. Para la debida protección y rehabilitación de los menores con deficiencias físicas, mentales o sensoriales y en procura de garantizar su igualdad con todos lo demás, El Estado:

Vigilará el cumplimiento, por parte de la familia, de las obligaciones que le corresponden en orden a lograr la rehabilitación del menor, con pleno respeto por la dignidad humana para que pueda gozar de los privilegios y beneficios que le permitan el ejercicio igualitario los derechos fundamentales, y colaborará con ella en la efectividad de estos objetivos.

Propiciará, con la participación de los Ministerios de Educación Nacional, de Salud y demás organismos competentes, los programas dirigidos tanto a la prevención de la deficiencia mediante campañas educativas y profilácticas, como a la rehabilitación de los deficientes, y con la promoción de la educación especial, la integración a la educación regular, la creación de talleres para su capacitación, la recreación, así como las olimpiadas especiales y demás medios dirigidos a la rehabilitación integral de los deficientes.

ARTICULO 225 Los deficientes se clasifican en severos, moderados y leves según el grado de la deficiencia. El Comité Nacional para la Protección del Menor Deficiente reglamentará esta clasificación para los efectos de las medidas de protección que se deban aplicar.

ARTICULO 226. Los Ministerios de Salud y Educación Nacional coordinarán con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar las acciones encaminadas a la protección del menor deficiente. Cuando las personas de quienes el menor depende lo maltraten, encierren o se opongan injustificadamente a que el menor reciba atención, quien tenga conocimiento de dicha situación lo informará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para lo de su competencia.

ARTICULO 227. Toda edificación pública o abierta al público que se construya a partir de la vigencia de este Código, estará dotada de facilidades de acceso y tránsito para menores con

deficiencia física.

PARAGRAFO. La autoridad competente no otorgará licencia de construcción, si en los planos de la obra no se cumple con lo estipulado en este artículo. Las vías públicas deberán ser provistas de señalización preventiva para información de los conductores en áreas de frecuente tránsito de menores, especialmente de aquellos que padezcan deficiencias.

2.3.2. Acerca de la modalidad de “hogares biológicos” como medida de protección especial para la atención de menores con discapacidad, expresa que la misma funcionó hasta el año 2005 y que a partir de 2006 fue transformada en las modalidades de Hogares Gestores para Niñez sin Discapacidad y Hogares Gestores para Niñez con Discapacidad y Enfermedad Grave, precisando que esta última modalidad se refiere a enfermedades crónicas, degenerativas o incapacitantes, asociadas a condiciones familiares de extrema pobreza y vulnerabilidad.

Manifiesta que el ICBF, “... mediante análisis técnico y jurídico adelantado a nivel nacional a las modalidades de Hogar Biológico y Subsidio para Apoyo a la Niñez, encontró que los objetivos y acciones de las modalidades eran similares y apuntaban a la permanencia de los niños y niñas con sus familias de origen, privilegiando la medida en medio sociofamiliar sobre la institucionalización o Colocación Familiar, por lo que se decidió hacer una integración de las dos modalidades retomando sus principales componentes y reorientando las acciones al fortalecimiento de la familia en su gestión para posibilitar a los niños, niñas y adolescentes y el ejercicio y garantía de sus derechos fundamentales.”

Agrega que esta modalidad se sustenta en las medidas de protección preventivas establecidas en el Código del Menor, artículos 29, 30, numeral 2 y 129, 130 y 131, respecto a los niños, niñas, y adolescentes cuyas familias carecen de medios para atender la satisfacción de sus necesidades básicas. Puntualiza que la atención de los menores corresponde prioritariamente a la familia y que en forma subsidiaria, el ICBF, en representación del Estado, debe desarrollar programas que contribuyan a mejorar las condiciones de vida de niños y niñas.

Presenta, a continuación, en detalle, los lineamientos de las dos modalidades de hogares gestores, y específicamente en la orientada a la atención del menor discapacitado señala que la misma se dirige a atender a niños, niñas y adolescentes con familias de residencia en

extrema pobreza y condiciones de vulnerabilidad que, por estas circunstancias, no puedan satisfacer sus necesidades básicas.

Expresa que el objetivo general de la medida es fortalecer la capacidad de las familias de los menores para integrarse a los programas sociales, reducir los factores de riesgo y generar condiciones favorables al fortalecimiento de vínculos en el grupo familiar, así como brindar un apoyo económico transitorio.

Como objetivos específicos de la medida enuncia, entre otros, promover la permanencia de los menores en sus grupos familiares de origen, evitando la institucionalización y la ruptura de vínculos, contribuir a la vinculación de los menores a los programas sociales y en especial a los dirigidos a prestarles soporte nutricional, salud, rehabilitación y educación, y apoyar temporalmente a las familias para que mejoren sus condiciones económicas.

Señala luego los criterios para la identificación de beneficiarios del programa y expresa que para acceder al mismo los menores deben pertenecer a núcleos familiares que hayan sido clasificados en el nivel 1 y 2 del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben), a través de encuesta realizada por la administración municipal en los últimos 12 meses o que, no habiendo sido encuestados, de acuerdo con la evaluación socio-económica realizada por el equipo del centro zonal ICBF, tengan un ingreso per cápita inferior a un cuarto ($\frac{1}{4}$) del salario mínimo legal. Adicionalmente, debe tratarse de menores que presenten limitación física, sensorial o mental, o enfermedad grave, crónica, degenerativa, incapacitante o de cuidado especial.

Enuncia a continuación las prioridades para la selección de beneficiarios identificados cuando los recursos disponibles sean insuficientes para atenderlos a todos y expresa que a los menores que por carencia de cupos no hayan podido ser incluidos en la modalidad de hogares gestores se les dará un tratamiento especial promoviendo su integración a los programas del ICBF o el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Manifiesta que la ayuda económica se entrega en pagos mensuales anticipados a la familia de origen y con destino exclusivo para la atención de las necesidades del menor, que el valor asignado es de \$286.126 y que el mismo se sujeta a un programa de rotación, señalando que la duración del apoyo económico brindado a los hogares gestores para niñez con discapacidad o enfermedad grave, será de un año, prorrogable hasta por un año más, según

concepto del equipo técnico, con el compromiso de la familia de superar las condiciones de vulnerabilidad que colocan a los menores en situación de riesgo.

Enuncia a continuación los compromisos que adquieren en el ámbito de la medida de protección tanto la familia como el ICBF.

2.3.3. Sobre las medidas específicas de apoyo con carácter permanente para la atención de menores con discapacidad y de sus familias de bajos recursos el ICBF expresa que esa entidad presta atención a los niños, niñas y adolescentes en situación de peligro o abandono con discapacidad mental, física, sensorial o múltiple, que requieran proceso de protección integral y cuyos vínculos familiares necesitan ser fortalecidos para su integración social.

Expresa que los menores en estas condiciones son atendidos por el ICBF en atención a su situación de abandono o peligro, pero no por la discapacidad, cuya atención corresponde al sector salud.

Agrega que la atención en protección a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en situación de peligro o abandono, se ofrece a través de servicios en medio sociofamiliar o en instituciones de protección, y que, de la misma manera, estos menores se benefician de los programas que el ICBF ofrece en forma directa a la comunidad y de los proyectos propuestos por la entidad para apoyar el desarrollo de la política pública de discapacidad en el país.

En ese contexto el ICBF hace una presentación detallada de (1) las medidas de atención en el medio sociofamiliar, entre las cuales se cuentan los hogares sustitutos para niñez con discapacidad y enfermedad de difícil manejo en situación de peligro o abandono; los hogares gestores para niños con discapacidad y/o enfermedad grave, y la atención a niñez con discapacidad y trastornos mentales (semiinternado, externado e intervención de apoyo), y, (2) la atención en instituciones de protección - internado.

1. Ministerio de la Protección Social

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social en respuesta al requerimiento de la Corte remitió un disquete que contiene el informe de avance del Plan Nacional de Discapacidad. La misma información fue remitida por la

Consejería Presidencial de Programas Especiales, quien señaló, además que la entidad responsable del Plan Nacional de Discapacidad es la Dirección de Promoción Social (DPS) del Ministerio de la Protección Social, entidad que tiene a su cargo, también, la secretaría técnica del Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación, creado por la Ley 361 de 1997.

El informe contiene un recuento general de las acciones sectoriales que han adelantado las entidades que integran el gobierno nacional en desarrollo de los compromisos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006 “Hacia un Estado Comunitario” hechos explícitos a través del documento Conpes Social 80 de 2004 mediante el cual se fija la Política Pública Nacional de Discapacidad, y dando continuidad al proceso de formación de una política pública en discapacidad iniciado años atrás, y que debía plasmarse en un Plan Nacional de Discapacidad 2002 - 2006.

Como conclusiones de ese informe de avance se consignaron las siguientes:

“Las entidades que integran el Gobierno nacional han logrado avanzar en el proceso de construcción de una política nacional en discapacidad que supere la visión asistencialista o puramente médica con la que anteriormente se trabajada esta situación para pasar a un enfoque de respeto hacía los derechos humanos de esta población.

En los últimos años se presentó un gran avance en el nivel de participación de la comunidad con discapacidad en los escenarios de participación social en los niveles nacional, departamental y municipal, mediante la conformación del Comité Consultivo Nacional de Discapacidad y los Comités de Discapacidad o los grupos de trabajo equivalentes, los cuales requieren fortalecerse para garantizar una legítima representación de la comunidad, su efectiva participación y su incidencia en la toma de decisiones públicas.

En este contexto, la participación y el fortalecimiento de la sociedad civil adquieren cada vez más, una mayor importancia en la medida que solo una comunidad organizada, coordinada e informada podrá incidir en la planeación y gestión local, y velar por el reconocimiento de sus derechos y el cumplimiento de la ley.

Así mismo, es indispensable comprender las implicaciones de la descentralización del Estado contemplada en la Constitución de 1991 y la cual supone la responsabilidad y autonomía de

los entes territoriales para planear y decidir a través de sus consejos de política social y los planes de desarrollo, la política y el gasto en materia social en cada una de sus comunidades bajo los lineamientos de política pública social del nivel nacional. En este contexto, la competencia de las entidades del orden nacional está orientada a brindar apoyo y soporte a dichos entes mediante directrices, metodologías, normatividad, estandarización, o acciones de seguimiento, evaluación, asesoramiento, apoyo a la organización local, articulación de redes, articulación de las dinámicas locales de desarrollo, entre otras.

Con base en estas precisas competencias de las entidades del gobierno nacional y teniendo en cuenta la estructura del Estado colombiano y su organización sectorial y descentralizada, es fundamental revisar el marco conceptual y los lineamientos en materia de política social y gasto público social, con miras a orientar esta dinámica hacia la construcción de un modelo de atención integral a las diferentes necesidades de la población vulnerable, entre ellas, las personas con discapacidad. Este modelo exige la identificación y el aprovechamiento de las diferentes redes de servicios sociales públicas y privadas disponibles para atender las necesidades de la población colombiana con calidad y eficiencia en materia de salud, educación, capacitación, empleo, y demás aspectos necesarios para la realización de los derechos de todos los ciudadanos en condiciones de equidad.

Lo anterior, también supone superar la creencia de que el Estado debe resolver todos los problemas de la sociedad. Si bien es cierto que el Estado debe asegurar el respeto a los derechos humanos de la persona, también lo es que éste no es el único responsable de su realización. Los empresarios, las universidades, los medios de comunicación, las instituciones prestadoras de servicios, la familia y la misma la persona con discapacidad están llamados a valorar y respetar la diferencia y a ofrecer soluciones para asegurar la plena y efectiva participación de esta población.

Es preciso entonces la coordinación de acciones entre los actores y la articulación de las diferentes políticas sociales, sean de tipo poblacional, como la de discapacidad, étnicas, de los grupos indígenas o negritudes, las asociadas al conflicto como las de los desmovilizados o la de desplazados, o las que buscan superar los niveles de pobreza en el país, de tal manera que se permita la construcción de ese modelo de desarrollo social incluyente de todos los ciudadanos y se optimicen los escasos recursos del gasto social que deben atender tantas y tan variadas necesidades sociales en el país.

De ahí la necesidad de enmarcar este proceso de construcción de una política nacional de discapacidad con los actores y recursos del Sistema de Protección Social en el país (en el que se incluyen los sistemas de atención en salud, pensiones, riesgos profesionales y asistencia social), del Sistema de Bienestar Familiar, del Sistema de educación nacional y con objetivos macros como los de las Metas del Milenio para la reducción de la pobreza y con el Proyecto Colombia 2019 con miras a atender de manera sostenible y permanente, a todos los ciudadanos colombianos en condiciones de justicia y equidad social.”

1. Problema jurídico

En el presente caso le corresponde a la Corte determinar si la decisión de dar por terminada la medida especial de protección de hogar biológico que amparaba a los menores incapacitados en cuyo nombre se interpuso la acción de tutela y cuyas familias se encuentran en situación de pobreza, resulta violatoria de sus derechos fundamentales.

Para resolver ese interrogante, la Corte hará un recuento sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones psíquicas y físicas, con el fin de determinar el alcance de las obligaciones a cargo del Estado, y en especial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en relación con los menores Braider Duvier y María Yolima, afectados con dichas limitaciones.

1. Los derechos de los menores con discapacidad

4.1. La especial protección constitucional de los menores con discapacidad

4.1.1. La jurisprudencia constitucional ha establecido que de las previsiones del artículo 44 de la Constitución Política se desprende que un conjunto de derechos de los menores, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social, tienen en si mismos el carácter de fundamentales y deben ser protegidos de manera preferente.

4.1.2. La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial

cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad. En la Sentencia T- 826 de 2004 la Corte puntualizó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional las personas no pueden ser discriminadas por razón de su discapacidad², y que por ello "... esta Corporación, desde sus primeras sentencias, ha señalado que los tratos diferentes desfavorables por razón de la discapacidad se presumen inconstitucionales." Puso de presente la Corte que en la Sentencia T-427 de 1992, se indicó que la especial protección que la Carta dispensa a los discapacitados, "tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada"³, por lo cual, "en dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión."⁴

4.1.3. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la Constitución no sólo protege a los discapacitados contra eventuales tratamientos discriminatorios sino que, en atención a la situación de debilidad en que se encuentran estas personas, ordena a las autoridades que tomen acciones afirmativas en su favor, a fin de que logren la plena igualdad e integración en la sociedad, mandato que no sólo está previsto de manera general en el artículo 13 superior, sino que ha sido desarrollado en otras disposiciones constitucionales como la del artículo 47, que prescribe la obligación en cabeza del Estado de

“adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”, o la del artículo 68 superior, conforme a la cual constituye una obligación especial del Estado la “erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales”.

4.1.4. En este contexto, la Corte ha precisado que “... por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.”⁵ En ese orden de ideas la Corte ha enfatizado en la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha puntualizado que la omisión de esa diferenciación positiva puede constituir una medida discriminatoria.⁶

4.1.5. Por otra parte, la Constitución consagra 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. Dentro de ese régimen de corresponsabilidad, la jurisprudencia constitucional ha destacado que corresponde en primer lugar a los padres el cuidado de los menores, papel en el que deben contar con el apoyo de la sociedad y del Estado y que este último debe concurrir en subsidio de esa responsabilidad primigenia de aquellos a cuyo cargo está la custodia del menor.

4.2. La protección de los menores discapacitados en el contexto del derecho internacional

Ha destacado la jurisprudencia de la Corte que la especial protección que la Constitución brinda a las personas con impedimentos físicos o síquicos, está en armonía con los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en las últimas décadas.

En efecto, diversos tratados y declaraciones internacionales han venido incorporando cláusulas específicas sobre discapacidad, como se muestra a continuación:

4.2.1. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado varios instrumentos relativos a la discapacidad, como la “Declaración de los Derechos de los Impedidos” del 9 de diciembre de 1975 (Resolución 3447), en cuyos numerales 5º y 6º se establece que “... el impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible ...” y, en particular, “... a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social.” En la “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental” del 20 de diciembre de 1971 (Resolución 2856), se expresó que “... el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos ...” y que “... tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes”. Agrega la citada declaración que “... el retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso ...” y que, de ser posible, “... debe residir con su familia o en un hogar que reemplace al propio, y participar en las distintas formas de la vida de la comunidad”. Dispone así mismo que el hogar en que viva el menor debe recibir asistencia.

En el Principio 5º de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, se establece que “el niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

La Asamblea General de las Naciones Unidas también ha expedido los “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental” del 17 de diciembre de 1991 (Resolución 46/119), y, sobre la base de la experiencia adquirida durante el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992), adoptó, el 20 de diciembre de 1993, una resolución que contiene las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”.

En el mismo sentido cabe citar, entre otras, las declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo

en lo social⁷, al igual que la que adopta el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad⁸.

Ha dicho la Corte que, aunque en general esas declaraciones no tienen carácter vinculante, si son un importante instrumento interpretativo de los cuerpos normativos que si resultan obligatorias para los estados.

4.2.2. Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, contiene en su artículo 23 previsiones específicas en relación con los menores con discapacidad:

“Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento

médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

4.2.3. En este escenario debe tenerse en cuenta que, aunque tratados generales como el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales no se refieran explícitamente a las personas con discapacidad, ni señalen expresamente a la discapacidad como un criterio de discriminación, la Corte Constitucional ha puesto de presente que el intérprete autorizado de este instrumento internacional, a saber, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha entendido que el Pacto ofrece una protección especial a esas personas. En la Sentencia T-826 de 2004 la Corte señaló que la Observación General No. 5 de ese Comité, relativa a las personas con discapacidad, y adoptada en 1994, señaló que aunque el Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad, es claro que, en la medida en que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos, las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, incluidas las personas con discapacidad. El Comité fue incluso más allá, al puntualizar que, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en la dimensión que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad.

4.2.4. Con ese mismo criterio, en relación con los derechos de los menores, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito mismo de la Convención sobre los Derechos del Niño, es preciso señalar que los menores con discapacidad, además de los derechos específicamente previstos para ellos en el mencionado artículo 23, gozan, en igualdad de condiciones, de los derechos que de manera general se han consagrado para todos los menores, criterio que encuentra amparo expreso en el artículo 2º de la Convención, conforme al cual, para la aplicación de los derechos allí previstos, queda proscrita cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad.⁹

Particular significación tienen para los niños con discapacidad, por vía de ejemplo, las

disposiciones de la Convención relativas a la obligación del Estado de apoyar a la familia y a los padres en la crianza de sus hijos¹⁰; o las que tienen que ver con el deber de brindar especial protección y asistencia a los menores que se vean privados de su medio familiar¹¹; o con el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud¹²; o con el derecho a la seguridad social, en particular en cuanto se dispone que las prestaciones deben concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables de su mantenimiento¹³; o la que establece el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, materia en la que se dispone que, si bien la responsabilidad primordial se radica en cabeza de los padres o de las personas encargadas del niño, los Estados parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda¹⁴; o el derecho a la educación, cuyo ejercicio debe garantizarse de modo progresivo y en condiciones de igualdad de oportunidades¹⁵.

4.2.5. Por su parte, en el ámbito americano, pueden destacarse dos tratados de alcance general que han sido aprobados y ratificados por Colombia. De un lado, el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C-251 de 1997, entre cuyas previsiones se encuentran, en materia de seguridad social, la disposición conforme a la cual “[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...”¹⁶; en relación con la salud, el derecho de toda persona “... a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...”¹⁷ y el compromiso de los Estados de adoptar medidas para, entre otras cosas, garantizar “... la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”¹⁸; o, sobre el derecho a la educación, la obligación del Estado de “establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”¹⁹. De otro lado, la Asamblea General de la OEA adoptó en 1999 la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas

de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, que Colombia ratificó el 2 de febrero de 2004, después de que fuera aprobada por la Ley 762 de 2003 y declarada exequible por la Sentencia C-401 de 2003. Este tratado define la discriminación contra las personas con discapacidad como toda aquella “distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. Ha destacado la Corte que este convenio, “... no sólo autoriza sino que ordena las acciones afirmativas a favor de los discapacitados ...”²⁰, puesto que en el artículo I señala que no es discriminatoria “la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia”²¹. Agregó la Corte que debe tenerse en cuenta que el artículo II ordena a los Estados tomar medidas no sólo para “eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad”²² sino también para “propiciar su plena integración en la sociedad.”²³

4.2.6. Los anteriores desarrollos internacionales muestran que el Estado ha asumido compromisos especiales con las personas con discapacidad conforme a los cuales, no sólo tiene que evitar las eventuales discriminaciones que puedan afectarlas, sino que debe desarrollar políticas específicas en materia de seguridad social, salud y educación, que permitan su rehabilitación e integración social, de tal manera que puedan gozar de todos los derechos constitucionales.

4.3. Síntesis del sistema constitucional de protección de los derechos de los menores discapacitados

4.3.1. Una síntesis del sistema constitucional de protección de los derechos de los menores discapacitados, incluyendo las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, permite concluir que:

a. El menor discapacitado es un sujeto de especial protección constitucional, condición que

se ve reafirmada cuando se encuentra en condiciones de pobreza.

a. El menor discapacitado debe gozar de la plenitud de los derechos que el ordenamiento reconoce de manera general a todos los menores, sin discriminación alguna por razón de la incapacidad.

a. Toda medida que afecte a los menores discapacitados en el disfrute de sus derechos se presume inconstitucional y corresponde a las autoridades asumir la carga de la prueba en contrario.

a. Los menores discapacitados tienen derecho a que se adopten medidas de discriminación positiva orientadas a permitirles su rehabilitación, integración social y disfrute de sus derechos.

a. Corresponde en primer lugar a los padres o a las personas que tengan a su cargo la custodia de los menores asistir y proteger al niño, tarea en la cual, sin embargo, existe una participación de la sociedad y del Estado y una responsabilidad subsidiaria de éste.

4.3.2. Este esquema de protección constitucional tiene manifestaciones concretas en ámbitos como la educación, la salud y la seguridad social.

De manera general, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, tratándose de menores, los derechos a la educación, a la salud y a la seguridad social, tienen el carácter de fundamentales. En ese contexto, los menores discapacitados tienen, por virtud del principio de no discriminación, asegurado, prima facie, el acceso a las prestaciones públicas disponibles para la generalidad de los menores.

De este modo, los componentes prestacionales que la ley ha desarrollado en materia de salud, educación y seguridad social, deben garantizarse a los menores discapacitados en condiciones de igualdad frente a las que se ofrecen a los demás menores, y bajo la consideración de la especial situación que deben enfrentar en razón de la discapacidad.

Adicionalmente, los menores discapacitados tienen derecho a una especial protección del Estado orientada a enfrentar la situación de inferioridad o desventaja en la que se encuentran.

4.3.2.1. En materia de salud, ello quiere decir que el Estado debe asegurar que a los discapacitados, se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su condición, obligación que se desprende del mandato del artículo 47 del Ordenamiento Superior, conforme al cual el Estado debe adelantar "... una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran".

Ha puntualizado la Corte que de lo anterior se deriva, por un lado, que la atención a la que tienen derecho las personas con discapacidad debe ser especializada, toda vez que éstas deben ser objeto de la atención adecuada a su situación, y, por otra, que el deber del Estado hacia los discapacitados se orienta a garantizarles una mejor condición de vida, razón por la cual deben brindarse alternativas terapéuticas, así la razón de la incapacidad no pueda derrotarse.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia T-179 de 200024, afirmó que "... a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejoren las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno)."

4.3.2.2. En el ámbito del derecho a la educación, en diversas oportunidades la Corte ha

señalado que las personas con discapacidad no sólo no pueden ser discriminadas en el acceso a este derecho²⁵, sino que además las autoridades tienen el deber de tomar medidas específicas para asegurar el goce efectivo del mismo. De manera particular, sobre el derecho a la educación de las personas con retardo mental, la Corte señaló que los niños que sufren retardo mental, a la situación de indefensión propia de su edad, agregan la derivada de su defecto psíquico y que esa circunstancia plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección.²⁶ Puntualizó la Corte que la Constitución impone deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social.²⁷ Concluyó la Corte que “[l]os disminuidos físicos o mentales, en cierta medida, por su falta de autonomía, están inexorablemente supeditados a los demás, y si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles.”²⁸

4.3.2.3. El mandato constitucional que prohíbe la discriminación contra los discapacitados y ordena medidas en su favor para que logren una igualdad real y efectiva ha sido objeto de diversos desarrollos legales y reglamentarios en distintos ámbitos y particularmente en relación con los derechos a la educación y a la salud. La Constitución de 1991, y específicamente el mandato contenido en el artículo 47, conforme al cual el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para las personas con discapacidad, significó un importante impulso hacia el desarrollo de instrumentos jurídicos más adecuados para la atención de las necesidades de estas personas.

Tal como se señala en el marco normativo sobre discapacidad elaborado por la Vicepresidencia de la República, la Ley 361 de 1997 Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones, desarrolla distintos aspectos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad y establece obligaciones y responsabilidades del Estado en sus distintos niveles para que las personas que se encuentren en esa situación puedan alcanzar “... su completa realización personal y su total integración social.” En esa Ley se constituyó el “Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación”, como asesor institucional para el seguimiento y verificación de la puesta en marcha de las políticas, estrategias y programas que garanticen la integración social del limitado, y se dispuso la conformación de grupos de enlace sectorial

como mecanismo de coordinación transversal.

En la Sentencia T-826 de 2004 la Corte puso de presente que, en materia educativa, los artículos 46 a 49 de la Ley 115 de 1994 o Ley general de Educación, prescriben que la “... educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo”²⁹ y que por consiguiente “... los “establecimientos educativos organizarán directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos”³⁰; que los “gobiernos Nacional y de las entidades territoriales incorporarán en sus planes de desarrollo, programas de apoyo pedagógico que permitan cubrir la atención educativa a las personas con limitaciones”³¹ Esa norma prevé igualmente, en desarrollo del principio de subsidiariedad, que el “gobierno Nacional dará ayuda especial a las entidades territoriales para establecer aulas de apoyo especializadas en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción que sean necesarios para el adecuado cubrimiento, con el fin de atender, en forma integral, a las personas con limitaciones”³².

En la Ley 1098 de 2006³³, de manera general se dispone que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una educación de calidad, la cual será obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica y gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política.³⁴ De manera especial, se dispone que los menores con discapacidad tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.³⁵

En el ámbito de la salud, el artículo 27 del Código de la Infancia y la Adolescencia prescribe que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral, entendida como un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no sólo como la ausencia de enfermedad. Agrega la norma que “[n]ingún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud” y que “[e]n relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.” En dicho artículo se dispone que “[p]ara dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud integral y mediante el principio de progresividad, el Estado creará el sistema de salud

integral para la infancia y la adolescencia, el cual para el año fiscal 2008 incluirá a los niños, niñas y adolescentes vinculados, para el año 2009 incluirá a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado con subsidios parciales y para el año 2010 incluirá a los demás niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado. Así mismo para el año 2010 incorporará la prestación del servicio de salud integral a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen contributivo de salud.”

De manera particular para niños, niñas y adolescentes con discapacidad el artículo 36 del Código establece el derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado y cuidados especiales en salud y a la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.

Para la Corte es claro que los derechos a la educación y a la salud de los menores con discapacidad tienen un contenido prestacional de desarrollo progresivo y se mueven en el ámbito de las previsiones legales y reglamentarias que se hayan expedido al efecto, con sujeción al principio de no regresividad. Adicionalmente cabe señalar, que, de manera general, los llamados derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son susceptibles de amparo por la vía de la acción de tutela, conforme a los criterios de conexidad con derechos fundamentales, transmutación del régimen legal o afectación de los mínimos constitucionalmente determinados. Sin embargo, de manera particular, debe tenerse en cuenta que tratándose de menores, los derechos a la educación y a la salud tienen per se el carácter de fundamentales.

4.3.2.4. Como se ha visto, el ordenamiento internacional aplicable a los menores con discapacidad contempla un deber de asistencia social, aunque restringido en atención a las condiciones del menor y la disponibilidad de recursos.

La pobreza ha sido considerada, de manera general, como uno de los factores determinantes de condiciones de discriminación y marginalidad. Adicionalmente se ha podido establecer un vínculo directo y fuerte entre la pobreza y la exclusión social, por un lado, y la discapacidad, por otro. En ese contexto se ha interpretado el alcance de las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño contenidas en sus artículos 23 y 27 y que se refieren al derecho del menor a la asistencia social. En un estudio sobre el uso actual y las posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto específico

de la discapacidad, realizado con el auspicio de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos³⁶, se pone de presente que el artículo 27 de la Convención reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y que si bien, la misma disposición impone firmemente a los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de satisfacer ese derecho, en ella también se exige a los Estados que adopten medidas apropiadas para ayudar a los padres y otros en su aplicación. Tal como se señala en el estudio, a pesar de la limitación relativa a los recursos, esta disposición va más lejos que el artículo 23, el dedicado específicamente a los niños con discapacidad, al exigir medidas concretas a los Estados para satisfacer el derecho. Así, en el párrafo 3º del artículo 27 se exige a los Estados Partes que presten asistencia material y programas de apoyo para los niños, particularmente con respecto a “la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

De este modo, la carencia de recursos de los padres o las personas responsables del menor con discapacidad para brindarle una atención adecuada a sus especiales necesidades, es un criterio que puede, y debe, dar lugar a medidas de diferenciación positiva, a la luz del mandato del segundo inciso del artículo 13 de la Constitución y que se encuentra expresamente previsto en el inciso tercero de la misma disposición entre los criterios para determinar los sujetos que por sus circunstancias de debilidad manifiesta son acreedores a una especial protección del Estado.

Entre las acciones afirmativas y medidas especiales de protección que puede adoptar y que ha adoptado el Estado para enfrentar las condiciones de marginalidad derivadas de la pobreza pueden citarse subsidios en materia de vivienda, auxilios educativos, subsidio de desempleo, ayuda humanitaria en situaciones de emergencia o calamidad, etc.

En el Código de la Infancia y la Adolescencia se incluyeron previsiones sobre ese particular, al señalar que todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención³⁷; a ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas³⁸, y, de manera específica, que “los padres que asuman la atención integral de un hijo discapacitado recibirán una prestación social especial del Estado”³⁹.

En este contexto de acciones de diferenciación positiva se sitúa el programa de hogares biológicos del que hacían parte los menores Braider Duvier y María Yolima y cuya exclusión del mismo dio lugar al presente proceso de amparo constitucional.

5. El programa de hogares biológicos

5.1. A partir de la información que obra en el expediente se puede establecer que, para la época en que se decretó la medida de protección para los menores Braider Yuvier y María Yolima, se había manifestado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la necesidad de adaptar la normatividad existente en materia de protección de los menores en situación de peligro o abandono, para hacer frente a la problemática específica de menores con discapacidad en hogares de muy bajos recursos.

Así, la necesidad de brindar una respuesta adecuada a la realidad de las familias que acudían al ICBF para solicitar apoyo para la atención de menores con discapacidad, o en otras condiciones de peligro o amenaza no originadas en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los adultos responsables, llevó a la entidad a adaptar las normas que regulaban las medidas de protección para menores en situación de peligro y a diseñar el programa de hogares biológicos.

En efecto en el Código del Menor vigente para entonces, Decreto 2737 de 1989, se señalaba cuales menores se consideraban en situación irregular y se establecían las medidas de protección aplicables.

Así, en el artículo 30 de ese Código se disponía que un menor se hallaba en situación irregular cuando: "1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal. 5. Carezca de representante legal. 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental. 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la Ley. 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad." A su vez, en el artículo 57 de la misma normatividad se establecía que "[e]n la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección: // La prevención o amonestación a los padres

o a las personas de quienes dependa. // La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos. // La colocación familiar. // La atención integral en un Centro de Protección Especial. // La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono. 77 Cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar se cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.”

El artículo 73 del Código definía la medida de colocación familiar, la cual consistía en la entrega de un menor que se encontrase en situación de abandono o de peligro, a una familia que se compromete a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen. Dicha medida debía decretarse por el menor término posible, de acuerdo con las circunstancias y objetivos que se persiguen, sin exceder de seis meses, prorrogables por el Defensor de Familia.

En relación con los menores con discapacidad, el código contenía, en su título séptimo, un conjunto de enunciados sobre los derechos de los menores con discapacidad y las obligaciones de la familia y el Estado en relación con ellos, y, de manera específica, señalaba que la renuencia u oposición injustificada de los padres o guardadores a cumplir las obligaciones señaladas en esa normatividad, sería sancionada con multas de uno a doscientos salarios mínimos legales diarios, convertibles en arresto a razón de un día por cada día de salario mínimo legal de multa, “... sin perjuicio de la aplicación de las medidas de protección que sean necesarias”.

Observa la Sala que en el caso de menores con discapacidad en familias que enfrentan condiciones de extrema pobreza, no se trata, ya, de atender a un menor en una situación de peligro originada en quien está a cargo de su cuidado o que se encuentra en condición de abandono, que eran los presupuestos de las medidas de protección previstas en la ley, sino de menores que están integrados a su grupo familiar, el cual les brinda apoyo y soporte, pero que por sus condiciones particulares, se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad.

El hogar biológico surgió, entonces, como una medida de apoyo con dos componentes básicos: situación de peligro derivada de la incapacidad y la pobreza, y la pretensión de

mantener al menor en su hogar de origen, para lo cual se brinda un subsidio en dinero para la atención de las necesidades del menor, y apoyo y acompañamiento en rehabilitación, nutrición y salud. Ese programa se caracterizó por su carácter eminentemente temporal, orientado a brindar apoyo a la familia para que pueda, en un cierto lapso, asumir de mejor manera el compromiso y la responsabilidad por el cuidado del menor. No se orienta a hacer frente a la condición clínica del menor, que está a cargo del sistema general de salud, sino a brindar un apoyo a la familia, en atención a sus condiciones de vulnerabilidad, con el objetivo de contribuir a mitigar esas condiciones de manera que, cumplido el periodo previsto para la medida de protección, la familia esté en mejores condiciones para hacerse cargo de las necesidades del menor.

La práctica administrativa que dio lugar a esta respuesta para la atención de los problemas de los menores discapacitados en hogares altamente vulnerables, fue incorporada por el ICBF a partir del año 2006, en la modalidad de hogares gestores.⁴⁰

Sobre el particular el ICBF señala que la modalidad de Hogar Gestor, con previsiones expresas para menores sin discapacidad y para menores con discapacidad, surgió en el año 2006, por la transformación o fusión de la modalidad Hogar Biológico y Subsidio Condicionado, dada la similitud de objetivos y acciones, y como una forma de promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes con sus familias de origen. Dentro de esa filosofía se dispuso el apoyo y fortalecimiento a la familia para la superación de las condiciones de vulnerabilidad que dan lugar a la medida de protección. Agrega el ICBF que el propósito de esta modalidad ha sido incidir en el fortalecimiento de los factores protectores, la reducción de factores de riesgo, el mejoramiento de las condiciones económicas y de vida, con el compromiso de la familia, la corresponsabilidad de la comunidad y de los agentes del SNBF para la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en los servicios institucionales, sociales y comunitarios que garanticen el ejercicio pleno de sus derechos.

El programa de Hogar Gestor se sustenta en la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, en cuyo artículo 15 se dispone que “[e]s obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos” y que las autoridades contribuirán con este propósito. Así mismo, de acuerdo con el artículo 22 de ese cuerpo normativo, “[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia...sólo podrán ser separados cuando

ésta no garantice las condiciones para la realización del ejercicio de sus derechos ... y en ningún caso, la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. Por su parte, en el artículo 17 se establece que, de manera general “[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente...”, y en el artículo 36, específicamente referido a los menores con discapacidad se señala que “[p]ara los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende 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. Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del estado...”.

Expresa el ICBF que el Hogar gestor es una modalidad de ubicación del niño, niña o adolescente en su propio medio familiar. Brinda apoyo, acompañamiento y asesoría para el fortalecimiento de las familias con niños, niñas y adolescentes en situación de inobservancia, amenaza o vulneración, que puede afectar gravemente sus derechos fundamentales y su desarrollo integral, como consecuencia de la precaria situación económica y social de sus familias. Esta solución se aplica cuando la familia ofrece condiciones comprobadas para acoger y brindar cuidado, afecto y atención al niño, niña o adolescente y puede asumir la gestión de su desarrollo integral, pero requiere de un apoyo institucional dadas sus precarias condiciones económicas.

Como objetivo general de esa medida de protección se ha fijado el de brindar apoyo integral a las familias con niños, niñas y adolescentes, en precaria situación económica y social, que dificulte el ejercicio de los derechos, presente inobservancia, amenaza o vulneración a los mismos y como objetivos específicos (i) Promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes en sus grupos familiares de origen, evitando la institucionalización y ruptura de vínculos, (ii) Brindar apoyo económico transitorio, que permita mejorar las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes para favorecer el ejercicio de los derechos, (iii) Promover la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en los servicios institucionales, sociales y comunitarios de la localidad, que garanticen sus derechos, (iv) Fortalecer en la familia factores protectores para que cumplan con su función protectora, socializadora y de integración social.

Destaca el ICBF que este tipo de medidas constituye un proceso de atención urgente de grupos poblacionales en situación crítica y que para ese fin el Estado destina una importante cantidad de recursos a atender a la población más vulnerable en situación crítica, pero pone de presente que si bien ese enfoque ha tenido desarrollos exitosos, por su misma esencia, se manifiesta en medidas de corto plazo que suponen una superación más o menos rápida de la situación de crisis, lo cual no es siempre congruente con la realidad.⁴¹

5.2. El problema derivado del carácter temporal de la medida de protección de hogar biológico para menores con discapacidad y en situación de pobreza fue abordado por la Corte en la Sentencia T-244 de 2005.⁴²

Después de analizar las circunstancias del caso entonces sometido a su consideración, y las razones que en su momento presentó el ICBF para dar por terminada la medida, entre las cuales se encontraban el cumplimiento de los objetivos propuestos, la falta de rotación de los cupos disponibles, la clase de discapacidad que afectaba a los menores, el tratamiento y los beneficios obtenidos, la edad de las madres y su capacidad laboral, las opciones para la atención de los menores, como el hecho de que pudieran ser desplazados a instituciones si el tratamiento consistía en terapias que podían ser brindadas por el régimen de salud, la Corte hizo las siguientes consideraciones:

“4.2. Indiscutiblemente la Constitución Política garantiza a los menores el reconocimiento de sus derechos, e impone como obligación tanto a la familia, la sociedad y el Estado la asistencia y protección del niño para lograr su desarrollo armónico e integral, como se ha expresado en esta sentencia. El reconocimiento y protección que garantiza la Carta Fundamental a los niños y niñas, se incrementa aun más si aunado a su fragilidad dada su condición de menores, se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad debido a deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales, casos en los cuales se requiere que el Estado adopte medidas especiales a su favor (CP. arts. 13 y 47).

Es precisamente lo que ha venido realizando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que con el propósito de proteger especialmente a los menores discapacitados estableció nuevas modalidades de hogares sustitutos, como lo son los “hogares biológicos especiales para menores discapacitados”, con el fin de apoyar económicamente a sus familias y brindarles orientación y apoyo técnico para que puedan superar las circunstancias que dieron

origen a la medida de protección. Con todo, se trata de una medida de carácter transitorio dados los escasos recursos y la gran demanda de atención de menores que se encuentran en esas condiciones. De ahí, que una vez se analice el caso por parte del Centro Zonal correspondiente, se elabore un plan de rehabilitación con la participación activa de la familia para que una vez cumplidos los objetivos se pueda dar por terminada la medida de protección respecto del niño beneficiado con ella, y darle la oportunidad a otro menor que se encuentre en las mismas circunstancias.

Agregó la Corte que si bien, "... lo deseable sería que el Estado asumiera de manera permanente la protección de los menores que por sus condiciones físicas, mentales o psíquicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta, ... hasta que ello no sea posible, se tienen que distribuir los escasos recursos con que cuenta el Estado de suerte que se pueda brindar protección a la mayor cantidad de menores discapacitados que lo necesiten. Por ello, se requiere de la participación activa de la familia para poder superar en la medida de lo posible las circunstancias que determinaron la medida de protección y se pueda lograr una rehabilitación que le permita al menor su integración a la sociedad."

En ese contexto la Corte concluyó que el propósito de la medida de hogar biológico para menores discapacitados, a la luz de las disposiciones del Código del Menor, era "... que el menor no sea separado de su medio familiar, y de esa manera conservar la unión de la familia apoyándola económicamente y brindándole asesoría técnica con el fin de fortalecer el manejo de los menores discapacitados, promoviendo los procesos de socialización, crianza, facilitando el acceso a los servicios a que tienen derecho para la atención de su discapacidad. En este proceso, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene la obligación de asistir a las familias a través de los defensores de familia, informándoles así mismo la transitoriedad de la medida con el objeto de establecer un compromiso de esa institución para superar las condiciones de vulnerabilidad social y económica que le permitan retomar la plena responsabilidad en el cuidado de sus hijos e hijas, además de los controles periódicos que han de realizarle para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en beneficio del menor."

Concluyó la Corte que la medida de protección que se había dictado en beneficio de la menor, no tenía como propósito específico la atención de los requerimientos propios de la discapacidad, puesto que ello correspondía al sistema de seguridad social, para lo cual sus

padres habrían de adoptar las medidas necesarias para que ello se lograra de manera oportuna. La medida, de la cual se había beneficiado la menor por un período de ocho años, tenía el propósito de contribuir al cumplimiento de la responsabilidad de los padres, con la finalidad de que la menor continúe con la asistencia especializada que requiere de suerte que pueda lograr la integración social que con ello se persigue. Que en la medida en que a juicio del equipo técnico del ICBF, los objetivos buscados con la medida ya se habían cumplido, no cabía que la Corte ordenara que se pretermitiesen los procedimientos y plazos adoptados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que la medida de protección de hogar biológico que cobijaba a la menor se prorrogase indefinidamente en el tiempo.

6. Análisis de los casos

Las tutelas que son objeto de consideración por la Sala se originan en la decisión del ICBF, Centro Zonal de Tunjuelito, de dar por terminadas las medidas de protección de Hogar Biológico que cobijaban a los menores María Yolima Rojas Velasco y Braider Duvier Hoyos Jiménez, por cumplimiento de los objetivos propuestos.

A partir de los antecedentes de cada uno de los casos y las consideraciones que se han hecho en esta providencia, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

1. Las medidas de protección adoptadas por el ICBF se dieron en un contexto de ausencia de marco legal específico para la atención de menores con discapacidad en condiciones de extrema pobreza.
2. En la medida en que se trataba de un proceso que surgió de la práctica administrativa, no existían estándares sobre la materia, y en las resoluciones por medio de las cuales se adoptaron las medidas, no se advierte de manera expresa a sus destinatarios sobre la temporalidad de las mismas, no obstante que el fundamento legal aplicable por analogía así lo determinaba. En documentos posteriores del ICBF se enfatiza en la necesidad de recalcar ante los beneficiarios el carácter temporal de la medida y su objeto de contribuir a la estabilidad en la atención a los menores y a fortalecer el proceso familiar con miras a la protección de sus derechos.
3. El programa de hogares biológicos, hoy hogares gestores, tiene carácter temporal,

busca brindar apoyo a las familias con menores que presenten discapacidad y precarias condiciones económicas, y consiste en apoyo institucional y un subsidio económico transitorio. La decisión de dar por terminada una medida de protección de esta naturaleza en un caso específico, no es per se contraria a la Constitución o violatoria de los derechos fundamentales de los menores, como quiera que la misma fue expresamente establecida con el propósito de dar un apoyo transitorio a las familias.

4. Si bien la visita de evaluación realizada por el ICBF a los hogares de los menores, previa a la decisión de dar por terminada la medida especial de protección, permitió determinar que los mismos no se encontraban en las condiciones de vulnerabilidad que habían dado lugar a la imposición de la medida, no es menos cierto que en el informe de la visita no hay evidencia sobre una evaluación de las medidas que se hubiesen tomado para asegurar la inserción de los menores en los servicios que ofrecen los sistemas de salud y educativo, ni sobre un acompañamiento en esa materia orientado a asegurar que la cesación del subsidio no se tradujese en una afectación de las condiciones en las que el proceso de rehabilitación de los menores se había venido cumpliendo.

5. En ese contexto se aprecia que no hubo una fase de transición, ni es claro el acompañamiento posterior a la cesación de la medida de subsidio, no obstante que la misma se había prolongado por un tiempo considerable, más allá de lo previsto para la medida de protección, lo cual, sin evidencia de un efectivo acompañamiento para lograr una adecuada inserción de los menores en los sistemas educativo y de salud, podía haber generado condiciones de dependencia que hiciesen traumático el cese intempestivo de la medida de protección.

6. En el proceso cumplido en relación con los menores María Yolima y Braider Duvier no se observa que el ICBF haya actuado en desarrollo de su responsabilidad de coordinación entre las distintas entidades del Estado responsables de la atención de los menores; tampoco se reporta una labor de seguimiento o de apoyo para inserción interinstitucional.

7. La información suministrada por el ICBF permite apreciar que no hay un censo de requerimientos de atención por parte de menores con discapacidad y en condiciones de extrema pobreza, que permita adoptar decisiones en función de las necesidades especiales de esos menores y no únicamente a partir de las restricciones presupuestales. No hay

evidencia de un proceso de planeación que muestre que, sobre un inventario de necesidades se haga una programación de requerimientos presupuestales, una jerarquización de necesidades, una definición de prioridades o una formulación de alternativas, que incluyan fases de transición y acompañamiento. No se reporta la integración prevista en la ley y que exige la adopción de una política pública en materia de discapacidad, en particular en relación con los menores de más bajos recursos.

8. Los menores con discapacidad tienen derecho a una atención integral. Si bien la responsabilidad primera es de las familias, cuando éstas se encuentran en condiciones de pobreza extrema, el Estado debe cumplir un papel subsidiario, que se manifiesta, principalmente, a través de los sistemas públicos de educación y de salud, pero que comporta también medidas de asistencia social como las que se desarrollan a través de los denominados hogares gestores.

9. El programa de hogares gestores, por su propia definición, no consiste simplemente en el subsidio económico, sino que, prioritariamente, debe dirigirse al apoyo a la familia para que se encuentre en condiciones de enfrentar de mejor manera la situación de discapacidad del menor. Eso implica el necesario acompañamiento para que durante el programa, y particularmente a su terminación, el menor y su familia puedan acceder a las instituciones de seguridad social en salud que le brinden la debida atención.

10. En el presente caso se observa:

No hubo advertencia previa sobre el carácter temporal de la medida. No se contempló un periodo de transición una vez se decidió darla por terminada; la evaluación que se realizó para ese efecto fue precaria, si bien su refiere a las condiciones que permiten tener como superada la condición de extrema vulnerabilidad, se hace más énfasis en un inventario de las medidas de protección vigentes que ya habían excedido el límite temporal máximo, que en una verdadera evaluación sobre el logro de los objetivos propuestos en cada caso concreto de los menores beneficiarios. No basta con decir que se les brindó apoyo por un tiempo prolongado, sino que es necesario mostrar que ese apoyo se tradujo en mejores condiciones para que la familia pueda atender las necesidades del menor con el apoyo de la red de servicios del Estado.

Por otra parte, no se aprecia que exista una política pública específicamente orientada a

atender de manera especial las necesidades de los menores discapacitados y de sus familias en condiciones de extrema pobreza.

En efecto, no obstante que la Corte, de manera específica solicitó a la Consejería Presidencial de Programas Especiales de la Presidencia de la República y al Ministerio de Protección Social información sobre si estaba en ejecución, y en qué condiciones, el Plan Nacional de Intervención en Discapacidad, y sobre los programas específicos que se hubiesen puesto en ejecución, en desarrollo de ese plan, o, en general, de las políticas públicas para la atención a los discapacitados, en beneficio de los menores discapacitados y de sus familias de bajos recursos, indicando los componentes de los programas, las fuentes de financiación y los recursos efectivamente incorporados en los presupuestos para el efecto, en el “Informe sobre discapacidad” remitido por el Ministerio de Protección Social, no encuentra la Corte referencia a una política específicamente orientada, con indicadores que permitan apreciar cobertura, requerimientos de recursos, coordinación institucional. En general puede decirse que el citado informe contiene una recopilación de acciones cumplidas en distintos frentes, por diferentes entidades; el señalamiento de metas y acciones a adelantarse, pero no muestra una clara articulación de política pública, ni la existencia de un componente específicamente orientado a la atención de menores con discapacidad cuyas familias se encuentren en condiciones de extrema pobreza.

En el Documento Conpes Social 80, que contiene las bases de la política pública nacional de discapacidad, se había puesto de presente que, para la fecha de su aprobación, en julio de 2004, podía advertirse la falta de información adecuada para valorar las necesidades en cuanto a oferta de servicios de habilitación y rehabilitación, ni sobre sus características y ubicación, en relación con la demanda potencial y la necesidad de atención oportuna. En ese documento se había señalado que las entidades compromisorias (Consejería Presidencial de Programas Especiales, Ministerio de la Protección Social, ICBF, SENA, Ministerio de Educación, INCI, INSOR, Ministerio de Transporte, Ministerio de Comunicaciones, Ministerio de relaciones exteriores, Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministerio de Justicia y del Interior, Coldeportes, Ministerio de Cultura, Ministerio de Defensa, Red de Solidaridad Social, Departamentos y Municipios) deberán establecer el plan de acción para el período 2004-2007, buscando la concurrencia de los diferentes actores públicos y privados y de la sociedad civil, para el logro de los resultados. Puntualizaba el Documento Conpes Social 80 que “[e]l plan de acción para el período 2004-2007 con los compromisos,

indicadores, líneas de base, metas, resultados y medios de verificación de los mismos, correspondientes a las instituciones del orden nacional, será concertado en el formato del anexo 9, dentro de los primeros tres meses siguientes a la expedición del presente documento” y que las entidades territoriales harían lo propio y remitirían al Ministerio de la Protección Social sus planes correspondientes.

No obstante lo anterior, en octubre de 2005, los representantes de la sociedad civil en el Comité Consultivo Nacional de Discapacidad ponían de presente su preocupación por el hecho de que, hasta ese momento, no hubiese sido posible oficializar el Plan Nacional de Discapacidad 2004 - 2007.

La documentación remitida a la Corte por la instancia de coordinación del Plan Nacional de Intervención en Discapacidad, contiene sólo un informe de avance, que dista mucho de los elementos identificados en el Conpes 80 como necesarios para la estructuración del Plan.

Como se ha dicho, ese informe de avance, si bien tiene algunas referencias puntuales, no contiene las bases de un plan de intervención específicamente orientado a atender las necesidades de los menores con discapacidad cuyas familias se encuentra en condiciones de pobreza

Observa la Corte que a existencia de una política de turnos y de rotación de cupos para acceder a los programas de hogares gestores en el ICBF es indicativa de una clara insuficiencia de los programas del Estado orientados a atender a los menores discapacitados cuyas familias se encuentren en condiciones de extrema pobreza. Ello implicaría el incumplimiento de los derechos de estos menores a una atención especial, que no obstante su dimensión prestacional, deben satisfacerse al menos en un nivel mínimo, por debajo del cual la omisión del Estado resulta inconstitucional.

11. En la medida en que la evaluación realizada para dar por terminada la medida de protección que amparaba a los menores Braider Duvier y María Yolima aparece como precaria y la explicación suministrada en el proceso de tutela por el ICBF apunta a que la decisión se fundamenta, más en el carácter provisional de la medida, en la insuficiencia de los recursos y en la necesidad de que exista una rotación de cupos, que en un análisis de la situación de los menores orientado a mostrar que se habían superado las condiciones de vulnerabilidad, encuentra la Corte que no se satisface la carga argumentativa necesaria para

desvirtuar la presunción conforme a la cual la afectación de los derechos de los menores con discapacidad es contraria a la constitución.

En ese contexto, la decisión del ICBF de terminar las referidas medidas de protección es contraria al derecho de los menores a recibir la asistencia del Estado para asegurar el pleno goce de sus derechos y en particular que tengan acceso a los servicios que ofrecen los sistemas de educación y de salud.

7. Medidas a adoptar para la protección de los derechos

Para hacer frente a la violación de los derechos fundamentales observada en el presente caso y como quiera que hay una evaluación conforme a la cual se había superado la situación que dio lugar a la adopción de la medida de protección, pero la misma se ha considerado insuficiente, la Corte dispondrá que se realice una nueva evaluación de los menores con el objeto de determinar (i) 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 (ii) 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. Se dispondrá, así mismo que en caso de que ello no sea así, se realice el acompañamiento necesario para que tal atención les sea brindada de manera adecuada y satisfactoria. Además, si de acuerdo con los criterios que se han fijado en el ICBF43, 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.

Por otra parte, en la medida en que se ha detectado una insuficiencia en la política pública de atención a los menores discapacitados en condiciones de extrema pobreza, la Corte emitirá una orden para que el ICBF, como entidad encargada de la coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y el Director de Promoción Social del Ministerio de Protección Social, como responsable del Plan Nacional de Discapacidad, remitan al juez constitucional, en un término perentorio, las bases de una política pública orientada a garantizar a esos menores el goce pleno de sus derechos en los términos de la Constitución y de la Ley. Tal política deberá asegurar a los menores con discapacidad, como mínimo los derechos expresamente

previstos para ellos en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Esta orden está dirigida a evitar que la insuficiencia de recursos en el ICBF, así como las falencias en la capacidad institucional para atender a los menores con discapacidad en sus requerimientos de salud, educación y asistencia social, se traduzca en que las acciones del Estado en este campo se vean determinadas por esas limitaciones presupuestales y de oferta de servicios y no por una consideración de los requerimientos de los menores en los casos concretos.

En ese contexto y dada la importancia que tiene la consecución de recursos suficientes para la atención de los requerimientos de los menores con discapacidad en condiciones de extrema pobreza la Corte dispondrá que esta providencia se comunique al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director de Planeación Nacional para que, en el ámbito de sus competencias contribuyan a que las metas presupuestales que requiere la política de atención a estos menores se alcancen.

Igualmente, la presente sentencia se comunicará al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación para que, dentro de la órbita de sus competencias, efectúen un seguimiento del desarrollo de las órdenes impartidas.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. Levantar la suspensión de términos decretada en los asuntos de la referencia.

Segundo. Revocar las Sentencias proferidas por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, el 14 de diciembre de 2006, y por el Juzgado 10 de Familia de Bogotá, mediante providencia del 16 de diciembre de 2006, que negaron la tutela de los derechos fundamentales de Braider Duvier Hoyos Jiménez y María Yolima Rojas Velasco y en su lugar, conceder el amparo solicitado.

Tercero. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de

Tunjuelito, que en el término de un mes contado a partir de la notificación de la presente sentencia, practique una evaluación en torno a la situación actual de los menores en orden a determinar si se encuentran dentro de los presupuestos que dan lugar a una medida de protección, a la luz de las previsiones del Código de la Infancia y la Adolescencia. En particular la evaluación deberá referirse a la capacidad de las unidades familiares de los menores para atender sus necesidades básicas y a la manera como sus requerimientos en materia de educación y de salud están siendo atendidos por las correspondientes instituciones del Estado.

Cuarto. Si como resultado de la anterior evaluación se encuentra un déficit en la atención de los derechos de los menores a la salud, a la educación o al apoyo necesario para que puedan disfrutar plenamente de sus derechos, el ICBF deberá dictar la medida de protección que corresponda y, en desarrollo de su responsabilidad como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, realizar el acompañamiento necesario para que los menores tengan acceso a los sistemas educativo y de salud en los términos del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Quinto. Ordenar a la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Director de Promoción Social del Ministerio de Protección Social, como responsable del Plan Nacional de Discapacidad, que, sobre la base de un censo de la población de menores discapacitados que hayan solicitado medidas de protección en los distintos centros del ICBF en el país, en el término de cuatro meses contados a partir de la notificación de esta providencia, presenten a esta Corte las bases de una política pública específicamente orientada a atender las necesidades de los menores con discapacidad y en condiciones de extrema pobreza, que comprenda los componentes de educación, salud y asistencia, en los términos de la Ley 1098 de 2006, y que incluya la programación de las partidas presupuestales necesarias, así como indicadores que permitan medir permanentemente el avance, el estancamiento o el retroceso en la cobertura de tales derechos.

Sexto. Comunicar esta providencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director de Planeación Nacional para que, en el ámbito de sus competencias, contribuyan a que las metas presupuestales que requiere la política de atención a los menores con discapacidad y en condiciones de extrema pobreza se alcancen.

Séptimo. Comunicar la presente sentencia al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación para que, dentro de la órbita de sus competencias, efectúen un seguimiento del desarrollo de las órdenes impartidas, específicamente en cuanto a la formulación del plan de atención a los menores con discapacidad en familias en condiciones de extrema pobreza.

Octavo. Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El Decreto 2737 de 1989 fue derogado por la Ley 1098 de 2006 que rige a partir del 8 de mayo de 2007

2 Ver, por ejemplo, la Sentencia T-429 de 1992

3 Sentencia T-427 de 1992

4 Ibid.

5 Sentencia C-174 de 2004. Ver las Sentencia T-288de 1995 y T-378 de 1997

7 “Parte III, Medios y Métodos, artículo 18 literal a) La adopción de medidas pertinentes, legislativos administrativas o de otra índole, que garanticen a todos no solo los derechos políticos y civiles, sino también la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, sin discriminación alguna (..), Artículo 19 literal d) La institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a permitirles en la mayor medida posibles ser miembros útiles a la sociedad –entre éstas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria- y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos sean objeto de discriminación debida a sus incapacidades.”. Asamblea General, 11 de diciembre de 1969, resolución 2542, XXIV-

8 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3752, 3 de diciembre de 1982, implementado por la Resolución 38/28 del 22 de noviembre de 1983.

9 Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 2. // 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. // 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

10 Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 18

11 Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 20.

12 Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 24.

13 Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 26.

14 Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 27.

15 Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 28.

16 Protocolo de San Salvador, Artículo 9.1

17 Protocolo de San Salvador, Artículo 10.1

18 Protocolo de San Salvador, Artículo 10.2

19 Protocolo de San Salvador, Artículo 13.3.e

20 Sentencia T-826 de 2004

21 Ibid.

22 Ibid.

23 Ibid.

24 La Corte estudió el caso de menores que venían siendo atendidos por una Institución especializada en problemas neurológicos. Sin embargo, la EPS suspendió el contrato y los niños quedaron sin la atención especial que requerían. Aquí la Corte ordenó que los médicos tratantes realizaron una evaluación con el fin de reemplazar en forma idéntica el servicio que se les venía prestando.

25 Ver, entre otras, las sentencias T-429 de 1992, T-329 de 1997, T-620 de 1999, T-1134 del 2000 y T-826 de 2004.

26 Sentencia T-289 de 1994

27 Ibid.

28 Ibid.

29 Ley 115 de 1994, artículo 46

30 Ibid.

31 Ley 115 de 1994, artículo 49

32 Ibid.

33 Código de la Infancia y la Adolescencia

34 Ley 1098 de 2006, artículo 28

35 Ley 1098 de 2006, artículo 36

36 Ver estudio de Ursula Nelly, “La discapacidad y los niños: la Convención sobre los Derechos del Niño”, en “Derechos humanos y discapacidad - Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, Gerard Quinn y Theresia Degener con Anna Bruce, Christine Burke, Dr. Joshua Castellino, Padraic Kenna, Dra. Ursula Kelly, Shivaun Quinlivan. Naciones Unidas, Nueva Cork y Ginebra, 2002.

37 Artículo 36.2

38 Artículo 36.4

39 Artículo 36, Parágrafo 2º

40 Documento ICBF No. LM09.PN13 Fecha de Expedición: Mayo 07 de 2007

41 Cfr.

42 En esa sentencia la Corte abordó el problema de una menor que fue declarada en situación de peligro dado su estado de discapacidad y, como medida de protección se conformó el hogar biológico especial, con la finalidad de que pudiera ser asistida en sus terapias, medida que se prolongó durante ocho años, lapso al cabo del cual la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos del ICBF, adoptó la decisión de declarar terminada la medida y cerrar el hogar biológico, aduciendo el cumplimiento de los objetivos. Esta medida, a juicio del apoderado de la menor ponía en grave peligro su salud y su vida.

43 Para ser constituido como Hogar Gestor se debe cumplir con alguna de las siguientes condiciones: 1. Niños, niñas y adolescentes con familias de residencia en extrema pobreza y condiciones de vulnerabilidad que, por estas circunstancias, no puedan satisfacer sus necesidades básicas. 2. Pertenecer a núcleos familiares que hayan sido clasificados en el

nivel 1 y 2 del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben), a través de encuesta realizada por la administración municipal en los últimos 12 meses o quienes no habiendo sido encuestados, de acuerdo con la evaluación socio-económica realizada por el equipo del centro zonal ICBF, tengan un ingreso per cápita inferior a un cuarto ($\frac{1}{4}$) del salario mínimo legal