

CONCEPTO ICBF No 25

Fecha: 2020-08-10

Asunto: Consulta complementación de la modalidad para el fortalecimiento de capacidades de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y sus familias, de acuerdo a la emergencia sanitaria producto del COVID-19.

Respetada xxxxxx:

En el marco de nuestras competencias y de conformidad a la consulta remitida mediante correo electrónico del 16 de junio de 2020, mediante la cual solicita apoyo y orientación frente al asunto, nos permitimos señalar lo siguiente:

1. Marco legal básico:

El artículo 8 de la Ley 1098 de 2006 desarrolla el principio orientador del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, que actúa como un valor superior con alcances el ámbito general de las políticas públicas y en el ámbito de la operabilidad. Esto implica la toma de decisiones que los privilegien desde la perspectiva de sus derechos, reconociendo que estos son un objetivo para materializar y proteger.

Como complemento, el artículo 9 de la misma Ley establece la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, principio que se encuentra contenido en la Convención sobre los Derechos de los Niños de la cual el Estado colombiano es parte¹.

Ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, son derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, siendo la familia, la sociedad y el Estado los obligados a asistirlos y protegerlos para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Así mismo, el artículo 47 de la Carta Política establece que las *“personas en situación de discapacidad”* son sujetos especialmente protegidos respecto de los cuales 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”*. Esa disposición guarda concordancia con los pactos y tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia y que, por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, establece que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los

¹ Ratificada por el Estado colombiano el 28 de enero de 1991.

tratados y convenios internacionales, tienen derecho a “(...) recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención. Igualmente tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

2. La emergencia sanitaria y las medidas de bioseguridad adoptadas por el Gobierno Nacional

Con el fin de conjurar la crisis de salud pública, impedir la extensión de sus efectos y minimizar el impacto de la pandemia en los servicios sociales, la Presidencia de la República, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, ha adoptado las medidas excepcionales para hacer frente al virus, entre ellas, expidió el Decreto 539 de 2020. La precitada disposición establece que será esa cartera la encargada de determinar y expedir los protocolos sobre bioseguridad que se requieran para todas las actividades económicas, sociales y los sectores de la administración pública.

En atención a ello y ante la presencia de la enfermedad por el virus SARS-CoV-2/COVID-19, el ICBF expidió, entre otras, la Resolución No. 3019 de 2020, con el fin de modificar el Manual Operativo de la Modalidad para el Fortalecimiento de Capacidades de Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad y sus Familias. En particular, se estableció que dada la problemática de salud y los altos índices de contagio, no se realizarían nuevos ingresos de beneficiarios a dicha modalidad, de acuerdo a la ruta de asignación de cupos como estaba prevista desde el Manual Operativo, toda vez que ello requiere llevar a cabo el proceso denominado “acogida y caracterización”, que implica de un acompañamiento presencial del equipo de trabajo.

En un escenario de normalidad, el proceso de “acogida y caracterización” permite el desarrollo de los lineamientos técnicos que se deben seguir a nivel nacional y regional, en el sentido de reconocer, identificar y caracterizar al niño, la niña o el adolescente con discapacidad y a su familia, dar a conocer el propósito de la atención y poder iniciar la elaboración del Plan de Atención Individual y Familiar (PAIF), a través de un proceso adecuado y con calidad.

Conforme a la facultad que el Gobierno Nacional le otorgó al Ministerio de Salud y Protección Social, esta entidad expidió la Resolución 666 de 2020, por medio de la cual se adopta el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del virus SARS-CoV-2/COVID-19, cuyo ámbito de aplicación comprende a los empleadores y trabajadores del sector público y privado, aprendices y cooperados de cooperativas o precooperativas de trabajo asociado, afiliados partícipes, los contratantes públicos y privados, contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios de los distintos sectores económicos, productivos y entidades gubernamentales que requieran desarrollar sus actividades durante el periodo de emergencia sanitaria, así como las ARL, con excepción del sector salud.

Esta Resolución, además, dispuso en el parágrafo del artículo 2 la obligación de coordinar con las administradoras de riesgos laborales la adaptación de las actividades propias de cada sector,

empresa o entidad a las estrategias de distanciamiento social, entre otras, en los siguientes términos: **“Artículo 2. Ámbito de aplicación. (...) Parágrafo. Para la aplicación de los protocolos de bioseguridad cada sector, empresa o entidad deberán realizar, con el apoyo de sus administradores laborales, las adaptaciones correspondientes a su actividad, definiendo las diferentes estrategias que garanticen un distanciamiento social y adecuados procesos de higiene y protección en el trabajo”.**

De igual manera, el artículo 3º de la mencionada Resolución determinó las responsabilidades a cargo del empleador, el contratante y del trabajador, contratista cooperado o afiliado partícipe, vinculado mediante contrato de prestación de servicios o de obra, en el marco de la aplicación del protocolo de bioseguridad. Entre ellas se resaltan:

Artículo 3. Responsabilidades (...) A cargo del empleador o contratante.

3.1.1. Adoptar, adaptar e implementar las normas contenidas en esta resolución.

3.1.2. Capacitar a sus trabajadores y contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios o de obra las medidas indicadas en este protocolo. (...)

3.1.4. Adoptar medidas de control administrativo para la reducción de la exposición, tales como la flexibilización de turnos y horarios de trabajo, así como propiciar el trabajo remoto o trabajo en casa.

3.1.5. Reportar a la EPS y a la ARL correspondiente los casos sospechosos y confirmados de COVID-19. (...)

3.1.7. Apoyarse en la ARL en materia de identificación, valoración del riesgo y en conjunto con las EPS en lo relacionado con las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad.

3.1.8. Solicitar la asistencia y asesoría técnica de la ARL para verificar medidas y acciones adoptadas a sus diferentes actividades.

3.1.9. Proveer a los empleados los elementos de protección personal que deban utilizarse para el cumplimiento de las actividades laborales que desarrolle para el empleador.

3.1.10. Promover ante sus trabajadores y contratistas, que tengan celulares inteligentes el uso de la aplicación CoronApp para registrar en ella su estado de salud.

Ahora bien, el artículo 4º dispuso que la vigilancia y cumplimiento del protocolo expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, estará a cargo de los municipios y departamentos correspondientes, quienes, en caso de incumplimiento, deberán informar a las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo para que se adelanten las acciones correspondientes en el marco de sus competencias.

Por otro lado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 749 de 2020, prorrogado por el Decreto 878 de 2020, en el que estableció:

“Artículo 3. Garantías para la medida de aislamiento. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud, en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos: (...) **3. Asistencia y cuidado a niños, niñas, adolescentes, personas mayores de 70 años, personas con discapacidad y enfermos con tratamientos especiales que requieren asistencia de personal capacitado. (...) **12.** Las actividades de los servidores públicos, contratistas del Estado, particulares que ejerzan funciones públicas y demás personal necesario para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por**

casusa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios del Estado.
(Subrayado fuera del texto original)

De igual manera, dispuso en el artículo 3º lo siguiente:

***Parágrafo 1.** Las personas que desarrollen las actividades antes mencionadas deberán estar acreditadas o identificadas en el ejercicio de sus funciones o actividades. (...)*

***Parágrafo 3.** Cuando una persona de las relacionadas en el numeral 3 deba salir de su lugar de residencia o aislamiento, podrá hacerlo acompañado de una persona que le sirva de apoyo. (...)*

***Parágrafo 5.** Las personas que desarrollen las actividades mencionadas en el presente artículo, para iniciar las respectivas actividades, deberán cumplir con los protocolos de bioseguridad que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para el control de la pandemia del Coronavirus COVID-19. Así mismo, deberán atender las instrucciones que para evitar la propagación del Coronavirus COVID-19 adopten o expidan los diferentes ministerios y entidades del orden nacional y territorial.* (Subrayado fuera del texto original).

De otra parte, el decreto mencionado estableció en el artículo 12 que la violación e inobservancia de las medidas adoptadas e instrucciones dadas, darán lugar a la sanción penal prevista en el artículo 368² del Código Penal, así como las multas previstas en el artículo 2.8.8.1.4.21 del Decreto 780 de 2016³.

Como se puede apreciar, además de las medidas adoptadas por el ICBF y dada la problemática de salud pública, la cual ha tenido el potencial de afectar distintos aspectos de la vida y atención de la población, el Gobierno Nacional ha adoptado las medidas especiales con el fin de continuar garantizando los servicios del Estado.

3. Análisis de la consulta

3.1. Sí está permitida la prestación del servicio y la circulación del personal para efectuar actividades relacionadas con la asistencia y cuidados las niñas, los niños y los adolescentes. Frente al caso que motiva la consulta y en atención a las circunstancias que generaron la emergencia sanitaria a nivel nacional, es imperativo confirmar que la operabilidad de los servicios del ICBF que requieran de presencialidad de sus equipos de trabajo, se encuadran dentro de las excepciones 3 y 12 del Decreto 749 de 2020. Como se mencionó, ello permite el derecho de circulación para la realización de actividades cuyo fin sea garantizar el funcionamiento de los servicios que presta el Estado y sus entidades, en especial a la asistencia y cuidado de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad y sus familias.

Dicho esto, el Decreto 749 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional, también fijó un conjunto de deberes que tienen las personas que desarrollen las actividades exceptuadas en el marco del cumplimiento de los protocolos de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud y

² **Violación de medidas sanitarias.** El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.



Protección Social, así como las instrucciones adoptadas por los diferentes ministerios y entidades del orden nacional y territorial, con el fin de evitar la propagación del virus.

3.2. A pesar de las restricciones aplicables a la contención de la pandemia, el ICBF puede tomar las medidas necesarias para permitir el ingreso de nuevos beneficiarios a la modalidad para el Fortalecimiento de Capacidades de Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad y sus Familias.

De lo expuesto se desprende (i) que la dirección misional sí puede modificar la Resolución 3019 de 2020 y el correspondiente Manual Operativo para permitir el ingreso de nuevos beneficiarios, ya que la presencialidad de ese procedimiento no implica, per se, que le aplique una restricción o prohibición de carácter legal o reglamentaria. (ii) En caso de tomar esa decisión deberá adoptar los protocolos de bioseguridad correspondientes para la modalidad aplicables al momento de “acogida y caracterización”, siguiendo los lineamientos dispuestos por el Ministerio de Salud en la Resolución 666 de 2020. (iii) Como es lógico, lo anterior no incluye las demás etapas que hacen parte del proceso de atención de la modalidad que no requieren de la presencialidad, los cuales pueden continuar como han sido previstas y aprobadas en el anexo de contingencia.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 2 de la Resolución 666 de 2020, existe el deber de cada sector o entidad, con el apoyo de las administradoras de riesgos laborales, hacer las adaptaciones correspondientes a la actividad a realizar, definiendo las estrategias con las que se garantizarán el distanciamiento social, la higiene y protección en el trabajo. También es necesario hacer cumplir lo dispuesto en el artículo 3º de la mencionada Resolución, en las que se describen las obligaciones a cargo de los empleadores o contratantes y de los trabajadores, contratistas, cooperantes o afiliados partícipes.

Consideramos que las excepciones previstas en el artículo 3º del Decreto 749 de 2020 deben ser coordinadas con las Direcciones Regionales del ICBF, para que el desarrollo de estas actividades se coordinen con los distintos entes territoriales (gubernaciones y alcaldías). Es ideal que esas autoridades otorguen el permiso expreso de circulación al equipo de trabajo. Cabe destacar que en virtud de la Resolución No. 666 de 2020, les fue atribuida la responsabilidad a las entidades territoriales de vigilar el cumplimiento del protocolo de bioseguridad expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social dentro de sus territorios.

3.3. Responsabilidades a cargo de la entidad

Finalmente, y frente a las eventuales responsabilidades en las que pueda incurrir el Instituto, derivado de un posible contagio por COVID-19 de los trabajadores o beneficiarios durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria, debe indicarse lo siguiente:

En el caso de los beneficiarios de los programas, siempre existirá el riesgo de una acción judicial en contra del Instituto, dado que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, existe una posición de garante respecto a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran al cuidado del ICBF. Para prevenir un daño antijurídico en este sentido, se recomienda que los operadores adopten todas las medidas de bioseguridad correspondientes (Resolución 666 de 2020 y el Decreto 749 de 2020), y que de dicha situación se deje la trazabilidad. De igual forma se

recomienda que los supervisores de los contratos ejerzan una mayor verificación de tales medidas dejando siempre prueba de ello.

Es decir, se debe garantizar que, por parte del ICBF, se adoptaron todas las medidas de bioseguridad pertinentes y que, a través de los supervisores de los contratos, se aseguró que se cumplieren tales medidas.

En todo caso, los supervisores deberán solicitar el inicio de las actuaciones sancionatorias correspondientes en caso de incumplimiento de las medidas de bioseguridad.

De igual forma, deberá indicarse, por parte de los supervisores a los operadores y contratistas, la obligación de reportar, lo más pronto posible, la existencia de casos de contagio por COVID-19.

Por otro lado, en caso de presentarse un posible contagio por COVID-19, siempre y cuando este sea imputable de manera individual al empleador, contratante, trabajador o contratista, las sanciones se impondrán de manera individual, conforme a lo señalado en el artículo 368 del Código Penal y el Decreto 780 de 2016. Esto de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 749 de 2020 y los que así lo prorroguen o modifiquen.

Cordialmente,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica