

La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: El caso de las madres comunitarias



Erika J. Castro Buitrago*

El 3 de enero de 1996 entró en vigor en Colombia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en virtud de la Ley 74 de 1976, y el 16 de noviembre de 1999, el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado como legislación interna mediante la Ley 389 de 1996.

Con la adopción de estos instrumentos internacionales, el país se obligó tanto a tomar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, como a adoptar disposiciones de derecho interno, y a no tolerar discriminación alguna, ni admitir restricciones, a menos que sean aprobadas mediante leyes para preservar el bienestar general.

El Protocolo consagra el derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la ali-



* Abogada, joven investigadora de la Línea de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

mentación, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, derecho a la constitución y protección de la familia, derecho de la niñez, protección de ancianos y minusválidos.

Los derechos económicos sociales y culturales (DESC) surgen de la imperiosa necesidad de reconocer que no es posible el goce los derechos civiles y políticos sin el establecimiento de las condiciones mínimas para su ejercicio. El preámbulo del Pacto de DESC hace hincapié en que " ...no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".¹

Asimismo, los DESC se han definido como derechos de realización progresiva por parte de los Estados, debido a que tal acto está condicionado por la disponibilidad de recursos, que para estas materias suelen ser escasos. Lo anterior es muy importante para entender su alcance, pues la progresividad se ha entendido como: "la no exigibilidad de dichos derechos; en otras palabras, los Estados sólo adquieren la obligación de ir implementándolos paulatina y progresivamente".²

De su consideración como derechos cuya implementación depende de los recursos de un Estado, se puede concluir que en la medida en que una nación tenga mayor disponibilidad de recursos, mayor será la inversión en medidas para su garantía. Sin embargo esto no es tan cierto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denunciado a muchos países que no han mejorado las garantías de los derechos humanos, pese a que han obtenido un considerable incremento del ingreso nacional.³ La efectiva garantía de los derechos humanos debe combatir las deficiencias estructurales, como la desigual distribución de riquezas, la dedicación de grandes proporciones del gasto público en el sector militar y los ajustes económicos para responder a los créditos financieros internacionales, los cuales tienen como resultado la reducción las acciones en materia social.



¹Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derechos económicos, sociales y culturales, Bogotá, Noviembre de 2001, p. 9.

²Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia, y Ojeda Quintana, Tomás, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo-American University, 1999. p. 78.

³*Ibid.* *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región*, informe anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993, OEA/Ser.LV/II.85 Doc. 8rev. 11 de febrero de 1994.

“La pobreza es en parte resultado de la insuficiente dedicación y organización del Estado para proteger y promover los derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se señaló antes, cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas”.⁴

De esta manera, las características particulares de los DESC han hecho pensar que no son exigibles y que la excusa por parte del Estado de falta de recursos los hace relativos, es decir, se considera que éstos no son justiciables y que por tal razón no conllevan a un deber correlativo por parte del Estado. Estas peligrosas apreciaciones sobre la vigencia de los derechos humanos tienen como resultado dejar a la voluntad política de un gobierno la inversión o no de recursos en la promoción, la defensa, la garantía y la protección de los DESC.

Existe la obligación del Estado de implementar una política cuyo objetivo sea la plena vigencia de los DESC, donde se comprometan el máximo de sus recursos disponibles, mediante el agotamiento de medidas inmediatas como políticas públicas, recursos legales y demás mecanismos, a fin de que contribuyan a garantizar los principios de la no discriminación, de la no admisión de restricciones y de la prohibición de regresividad en el ejercicio de los derechos humanos.

Por todo lo anterior, la intención de este artículo es presentar el caso de las madres comunitarias en Colombia como paradigma de las deficientes políticas estatales de protección de los DESC, mediante la descripción de la normativa nacional que ha reglamentado su actividad, las exigencias de los instrumentos y de los organismos internacionales, así como las acciones legales emprendidas. Esta contribución pretende mostrar la situación de los DESC en el país por medio de un solo caso, en el cual confluye la violación de los derechos de la mujer a la seguridad social y al trabajo.

ORIGEN DE LAS MADRES COMUNITARIAS EN COLOMBIA

La institución de las madres comunitarias es el resultado de varios intentos del Estado por lograr la colaboración de la comunidad en el cuidado y en la manutención de los menores de edad. Desde la



⁴ *Ibid.*, p. 81.

expedición de la Ley 75 de 1968, con la cual se creó el Instituto de Bienestar Familiar, la política del Estado se concentra en la búsqueda de mecanismos que tengan como misión velar por los derechos de la familia y los niños.

Con miras a desarrollar dicha política, en 1972 se crearon los Centros Comunitarios para la Infancia (CCI), cuyo objetivo fue el cuidado de los menores de bajos recursos. Sin embargo, el programa finalizó en 1975 por dificultades económicas.

Debido a los aprietos de los CCI, desde antes que concluyeran su labor en 1974 se profirió la Ley 27, que estableció los Centros de Atención Integral al Preescolar (CAIP). No obstante, debido al mal manejo de los recursos del programa, esta ley fue modificada por la Ley 7 de 1979, que ordenó la inclusión de los hijos de los trabajadores informales para optimizar el manejo del presupuesto.⁵

Luego de la caída de los CAIP, se implementaron las Unidades de Protección al Niño (Upan), que no lograron los objetivos esperados por el escaso cubrimiento que alcanzaron. En consecuencia, el Conpes —dentro del Plan de Lucha Contra la Pobreza Absoluta— estableció los Hogares Comunitarios de Bienestar (Hocobis), con el fin de lograr la protección integral de las familias. Este programa fue implementado por la Ley 89 de 1988 y su Decreto reglamentario 2989 del mismo año. Así, en la nueva legislación se dispuso que los Hocobis serían financiados mediante el 1% de la contribución parafiscal de las empresas, que para tal efecto se incrementaría de 2% al 3% de la nómina.

Sin embargo, la creación de los Hocobis no alcanzó todos los fines esperados:

Esta estrategia surtió resultado relativo. Así, de un cubrimiento de 123.705 niños en 1987 (aproximadamente 6%) se pasó en 1988 a 353.280 (aproximadamente 18%), en 1989 a 696.750 (aproximadamente el 34%) y a 736.470 en 1990 (aproximadamente 36%). No obstante, el programa surtió un estancamiento en su desarro-



⁵ Exposición de motivos. Proyecto de Ley 197 de 2001 Senado. Gaceta 153 de 2001. Pero los CAIP no estaban cumpliendo su labor: "Para 1978, los CAIP cubrían apenas el 2.4% de los menores de 7 años, y el 6.2% de los infantes de menores ingresos hecho que obedecía principalmente a que la concepción de estos centros era puramente estatista, y no aprovechaba sustancialmente la potencial colaboración comunitaria".

llo, y actualmente, el programa cubre 1.480.230 niños, es decir, 71% de los niños, a pesar que ya han transcurrido 12 años desde su creación, y de haberse guardado la tasa de crecimiento inicial (aproximadamente 200% anual de 1987 a 1988) en menos de 5 años el cubrimiento debió haber sido total.⁶

Es propiamente la Ley 89 de 1988 y sus decretos reglamentarios la normativa que estableció la institución de madres comunitarias y que reguló la actividad de las madres que se encuentran vinculadas a los programas de los Hogares Comunitarios de Bienestar, de las Casas Vecinales del ICBF y del DABS (Departamento Administrativo de Bienestar Social).

El artículo primero de la ley consagra que para la atención básica de las necesidades de los niños y de las niñas los hogares comunitarios de bienestar se constituyen por medio de unas becas del ICBF y de recursos locales, los cuales hacen parte de los contratos de aporte que suscriben las asociaciones de padres de familia con el ICBF, esto es, tales asociaciones son las que se encargan de coordinar el programa en cada hogar. El Decreto 2919 establece que cada hogar comunitario debe atender quince niños (de cero a siete años)⁷ y estar dirigido por una madre comunitaria que presta su labor voluntariamente a la organización.⁸

A manera de conclusión, la figura de las madres comunitarias viene ocupando un lugar importante en la política estatal de cuidado y de bienestar de los niños y de las niñas de bajos ingresos, sin embargo, se ha descuidado la situación particular de estas mujeres

⁶ *Ibid.*

⁷ Datos suministrados por el Instituto de Bienestar Familiar.

⁸ Artículo 1º. Los Hogares Comunitarios de Bienestar a que se refiere el párrafo número 2 del artículo primero de la Ley 89 de 1988, se constituyen mediante *las becas* que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y *los recursos locales*, para que las familias en acción mancomunada atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país [cursivas fuera de texto]. Artículo 3 [...] c. Con base en el auto-diagnóstico la asociación determina el número de hogares, de acuerdo con los recursos disponibles, a razón de uno por cada quince (15) niños, y seleccionan las madres que se encargarán del cuidado de los menores, dentro de las personas que estén dispuestas a *aportar su trabajo solidario* para este fin y que hayan recibido y aprobado la capacitación correspondiente. Así mismo examina las condiciones físicas y ambientales de las viviendas para su mejoramiento cuando sea necesario [cursivas fuera de texto]. d. Cada «Hogar de Bienestar», funciona bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la Asociación de Padres del programa, y cada día una madre o un familiar de los niños que asisten al hogar, debe ayudar a la madre comunitaria en el cuidado de los niños. En igual sentido el Decreto 1340 de 1995 artículo 4.

—cuya población nacional es de aproximadamente 82.000,⁹ de las cuales 5.757¹⁰ actúan en Bogotá—, ya que simplemente se reconoce su labor como un voluntariado sin que se les otorgue el estatus de trabajadoras que permite acceder a todos los beneficios de la legislación laboral.

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MADRES COMUNITARIAS

Es innegable que las madres comunitarias, o también llamadas madres jardineras, realizan una verdadera actividad laboral, cual es la educación, el cuidado y la nutrición de los niños que tienen a su cargo, labor que prestan personalmente y por la que recibe una remuneración mensual, pero que está sujeta a la coordinación de la asociación de padres de familia y al ICBF.¹¹

Sin embargo, la legislación nacional no las reconoce como trabajadoras, simplemente, el régimen que las cubre es desconocido para el derecho laboral¹² y su actividad se considera como un voluntariado que es remunerado por medio de una bonificación, lo que ha hecho que se les llame como: “trabajadoras solidarias”, “agentes educativos” o “voluntarias con bonificación”, de acuerdo con el informe elaborado por Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).¹³



⁹ www.ilsa.org.co

¹⁰ Información otorgada por ICBF, en el distrito existen 5.757 hogares comunitarios de bienestar dirigidos por una madre que atiende trece niños de cero a cinco años, y 983 Hogar Fami que atienden mujeres lactantes gestantes y menores de dos años.

¹¹ De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo la actividad personal del trabajador, la continuada dependencia de éste a un empleador y la retribución del servicio mediante un salario configuran una relación laboral, que según la presunción que la ley laboral prescribe está regida por un contrato de trabajo.

¹² El artículo 4º del Decreto 2989 de 1989 establece que “...La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de ‘Hogares de Bienestar’, mediante su trabajo solidario, constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo.

Decreto 084 de 1992 de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Artículo 43 establece: “El Departamento Administrativo de Bienestar Social no reconoce bajo ningún aspecto relación laboral alguna, con el grupo de interés encargado de la Casa Vecinal teniendo en cuenta que su colaboración es de carácter voluntario por lo tanto no tendrá ningún tipo de remuneración.

Resolución 0063 de 1994 del Departamento Administrativo de Bienestar Social. Artículo 19. “El Departamento Administrativo de Bienestar Social, no reconoce bajo ningún aspecto relación laboral alguna con los miembros de las Asociaciones de las Casas Vecinales”, asociaciones que básicamente las integran las Madres Jardineras.

¹³ www.ilsa.org.co

Las madres comunitarias se encuentran desprotegidas por la falta de reconocimiento laboral, por tal razón no cuentan con un salario digno y a cambio reciben una bonificación que ni siquiera alcanza el valor de un salario mínimo (véase la siguiente tabla).

Año	Bonificación	Salario mínimo legal mensual (SML)	% sobre SML
2000	\$134.444	\$260.100	51,6%
2001	\$120.000	\$286.000	41,9%
2002	\$161.300	\$309.000	52,2%

Fuente: ICBF e ILSA .

Con el fin de aplacar cualquier tipo de reclamos, se les quiere conformar con el ingreso adicional que reciben de la cuota que pagan los padres y madres los primeros diez días de cada mes “equivalente a 37,5% del SML diario (cerca de tres mil pesos). En el contrato de aporte (cláusula 4ª) que firman las Asociaciones de Padres de Familia con el ICBF, se estipula que el 66% servirá para completar la beca de la madre comunitaria titular de cada Hogar y el 34% restante se invertirá en actividades lúdicas con los niños y niñas”.¹⁴ Participación que es inconstante, pues en muchas ocasiones los usuarios no tienen el dinero para hacerlo llegar a las madres, debido a la difícil situación económica que tienen que enfrentar las familias en el país; además, no tienen derecho a vacaciones remuneradas, cesantías ni primas y no están cubiertas por el sistema general integral de seguridad social.

En consecuencia, la falta de reconocimiento laboral de la actividad de las madres comunitarias ha favorecido la expedición de leyes que, con el fin de brindar los servicios de seguridad social, catalogan a dichas mujeres como independientes y desconocen su evidente situación de pobreza. Así, el Decreto 1791 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo 052 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales, extendió a las madres comunitarias la cobertura del seguro social obligatorio de enfermedad general y maternidad, tal como era llamada esta contingencia antes de la Ley 100 de 1993.

La afiliación se estableció como voluntaria y la cotización del 7% sobre un salario mínimo, sin tener en cuenta que los ingresos de



¹⁴ *Ibid.*

estas mujeres no alcanzaban a un salario mínimo. El acuerdo consigna expresamente que se trata de un régimen de excepción, ya que las madres, por no tener vinculación laboral con ninguna entidad pública o privada, no están afiliadas a otra entidad de previsión social o al mismo Instituto por medio del régimen general para los trabajadores asalariados; asimismo, se les excluyó de los riesgos de invalidez, vejez y muerte; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y seguro médico familiar.¹⁵

Más tarde, en vigencia de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 047 de 2000 por el que se vinculó a las madres comunitarias al régimen contributivo en salud como personas independientes y se excluía al grupo familiar de este tipo de afiliación, pero les otorgaba la posibilidad de ingresar prioritariamente al régimen subsidiado.¹⁶ El artículo 19 consigna que la madre comunitaria debe aportar mensualmente, en calidad de trabajadora independiente, un valor equivalente al 8% sobre el monto total de su bonificación mensual. En el caso de que este monto sea inferior a medio salario mínimo legal mensual vigente, el aporte se liquidará sobre la base de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Con recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, la Ley 509 de 1999 estableció un subsidio del 80% de la cotización al sistema general en pensiones, siempre que la madre comunitaria se haya desempeñado como tal durante un año y hasta cuando finalice su actividad.

No obstante, la ley ha equivocado sus esfuerzos en tratar de otorgar bienestar a las madres comunitarias, pues en aras de mantener cerrada la oportunidad a las madres comunitarias de ser consideradas como trabajadoras, crea regímenes de excepción en el sistema de seguridad social en salud, que deja de lado las necesidades de sus grupos familiares, lo cual contradice las metas estatales de otorgar bienestar a las familias y a los niños, como también los principios de universalidad, solidaridad y unidad promulgados por la Ley 100 de 1993.



¹⁵ Decreto 1791 de 1990, artículo 7.

¹⁶ Sin embargo, el artículo 15 del Decreto 1791 establece que el núcleo familiar puede ingresar al régimen contributivo, siempre que sea realizada la cotización general del 12% en salud sobre dos salarios mínimos legales mensuales. El Acuerdo 176 de 2000 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud establece un procedimiento excepcional para afiliar el núcleo familiar de las madres comunitarias a l régimen subsidiado.

Sin embargo, en el programa de madres comunitarias del Departamento Administrativo de Bienestar Social, la situación adquiere otros matices. El DABS vincula a las madres mediante contratos de prestación de servicios, por lo que les paga unos honorarios que equivalen al valor de un salario mínimo; asimismo, se encuentran organizadas en asociaciones con personería jurídica, lo que les permite afiliarse al régimen contributivo de seguridad social y cotizar sobre un salario mínimo y no sobre dos salarios mínimos, tal como se les exige a las personas independientes. Es evidente que aunque el programa del DABS trate de solucionar en parte la situación general de las madres, no deben desconocerse las características laborales de su actividad y su derecho a que sean reconocidas como trabajadoras.¹⁷

SEGUIMIENTO A CONVENIOS YA RECOMENDACIONES INTERNACIONALES

Colombia reconoce la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) al ratificar y al adoptar, por medio de su legislación interna el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, el protocolo adicional a la Convención "Protocolo de San Salvador", con lo cual se obliga a crear las condiciones necesarias para que las personas gocen de las plenas garantías para el ejercicio de estos derechos.

A pesar de que los llamados DESC son también reconocidos por la Constitución Política en el Capítulo 2 del título II, el Estado ha venido incumpliendo sistemáticamente estas disposiciones. Para noviembre de 1995, Colombia presentó el tercer informe del gobierno al Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el cual no fue alentador para la situación de los DESC en el país, tal como lo denunciaron los informes alternativos presentados por organizaciones no gubernamentales y la Defensoría del Pueblo.¹⁸



¹⁷ La organización de las madres comunitarias del DABS es lo que ha logrado un avance en la situación de pobreza de estas mujeres, la coordinadora de una de las casas vecinales de Suba, El Rubí, Luz Marina Gil manifestó que "la organización en asociación de las madres es lo que ha contribuido a que podamos afiliarnos al régimen contributivo, y cotizar sobre un salario mínimo que es lo único que ganamos. El DABS nos contrata por prestación de servicios, pero realmente existe subordinación. Presentamos informes del contrato cada dos meses, sobre las cuotas de participación mensualmente, cumplimos horario".

¹⁸ Informe del Comité Interinstitucional de los Desc, educadoras comunitarias, Fundac, Gap e ILSA, elaborado por Martha Ivonne Urquijo, septiembre de 2000. Fuente, Comisión Colombiana de Juristas.

De acuerdo con los informes citados, el Comité realizó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

24. El Comité insta a que se preste mayor atención al problema de la discriminación contra la mujer y que se apliquen programas para erradicar las desigualdades entre el hombre y la mujer. Al mismo tiempo, esos programas deberían destinarse a aumentar la conciencia pública y el interés por los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer.

[...] 28. El Comité considera también que el Gobierno de Colombia debería:

a. Mejorar la formación de las “madres comunitarias” y regularizar su situación laboral, tratándolas a todos los fines como trabajadores empleados por una tercera persona.

Luego de seis años el Estado sigue incumpliendo las obligaciones que le impone el Protocolo de San Salvador, sin tomar en cuenta las recomendaciones del Comité del Pacto.¹⁹

El 29 de noviembre de 2001 el Comité, en sus sesiones 85ª y 86ª, presentó sus conclusiones con respecto al cuarto informe presentado por el gobierno el pasado 14 de noviembre de 2001, en las cuales expresa su preocupación acerca de la falta de precisión que el informe del Estado colombiano contiene, en cuanto a las medidas prácticas para llevar a cabo sus recomendaciones, así como la preocupación por las condiciones de las madres comunitarias y su no consideración como trabajadoras:



¹⁹ Una de las conclusiones del informe alternativo preparado para el 2001 denuncia que el gobierno no ha cumplido con lo exhortado en las últimas recomendaciones del pacto: “Si no existe un régimen especial que regule el vínculo de trabajo entre las Madres Comunitarias con las entidades estatales responsables de los programas en que participan, se debe pensar entonces en la observancia de las normas superiores de la Constitución Política, en las garantías mínimas que el Derecho del Trabajo ha ido estableciendo en su evolución histórica para reconocer los derechos de quienes venden su fuerza de trabajo para subsistir, o en las normas internacionales de derechos humanos creadas para materializar el ideal de la dignidad humana y de la justicia. Lo que no se puede admitir es que sea el mismo Estado el que a través de subterfugios jurídicos viole los derechos de las trabajadoras comunitarias y no asuma sus obligaciones sociales, bajo el argumento que determinado servicio público ha empezado a ser gestionado por las comunidades con las cuales no existe relación laboral alguna, convirtiendo la aspiración constitucional del Estado Social de Derecho en una simple enunciación filosófica sin mayores consecuencias en la realidad”. Capítulo noveno del *Informe alternativo*, septiembre de 2000. Fuente: Comisión Colombiana de Juristas.

10. El Comité lamenta que el Estado parte no haya proveído suficiente información sobre las medidas específicas que ha tomado para estudiar e implementar las recomendaciones contenidas en las observaciones finales del Comité en 1995, en relación con el tercer informe periódico de Colombia, particularmente, sobre el alto nivel de pobreza, la magnitud del problema de las personas desplazadas, los niños de la calle, la discriminación contra la mujer, la situación de las comunidades indígenas, la protección de sindicalistas y defensores de derechos humanos, la educación gratuita, la situación de las “madres comunitarias” y la vivienda social.

[...] 14. El Comité está preocupado por la reducción del presupuesto para el programa del ICBF de “madres comunitarias”, que provee cuidado a 1.3 millones de niños. Deplora el hecho de que las madres comunitarias no son reconocidas como trabajadoras y no reciben un salario mínimo.²⁰

Ante estas preocupaciones que otorgan un diagnóstico de la situación de los DESC en Colombia, el Comité realizó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

29. El Comité recomienda fuertemente que el Estado tome en cuenta las obligaciones a partir del Pacto en todos los aspectos en sus negociaciones con las instituciones financieras internacionales, para asegurar que los DESC no sean socavados, especialmente, aquellos de los grupos desventajados y marginados.

[...] 35. El Comité reitera su recomendación de 1995 que el status de trabajo de las madres comunitarias debe ser regulado tratándolas como trabajadoras, para que tengan derechos a un salario mínimo.²¹

De esta manera, se invita al Estado a presentar su quinto informe el próximo 30 de junio de 2006, en el cual se espera que atiendan las recomendaciones realizadas.

El examen realizado por el Comité del pacto demuestra que el cumplimiento de los preceptos del protocolo, en lo relacionado con el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la no discriminación, no puede lograrse de manera alguna con “paños de agua tibia” de



²⁰ http://www.plataforma-colombiana.org/recomendaciones_pidesc.htm

²¹ *Ibid.*

la forma en que lo ha querido hacer Colombia, pues, como queda demostrado, el otorgamiento de una bonificación a las madres viola el derecho a una retribución digna y justa por la prestación del servicio, la vinculación de las madres al sistema contributivo en salud sin que sea posible la directa cobertura de su familia discrimina el núcleo familiar y viola los principios de la seguridad social, la forma de la cotización en materia de pensiones va en contra de las normas básicas sobre base y porcentaje de cotización establecidos en la Ley 100 de 1993, y, por último, todo el tratamiento jurídico de la institución de las madres comunitarias viola flagrantemente el derecho a la igualdad que tienen estas mujeres con respecto a los demás trabajadores colombianos.

ACCIONES LEGALES EMPRENDIDAS

Debido a esta difícil situación, las madres comunitarias han unido sus esfuerzos con el apoyo de ILSA, para buscar mecanismos que mejoren su situación. En virtud de este trabajo de concientización de la sociedad sobre el problema que afrontan las madres y de la inestabilidad del programa de Hogares de Bienestar, se han interpuesto varias acciones de tutela que intentan proteger los derechos laborales de las madres comunitarias, pero que han concluido con fallos desfavorables.²²

Ante la imposibilidad de lograr el reconocimiento de sus derechos fundamentales por medio de la acción de tutela, un grupo de 25 madres comunitarias iniciaron una demanda de inconstitucionalidad parcial contra el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988, el cual consigna que los hogares de bienestar se establecen mediante 'becas' del ICBF y recursos locales, con el fin de atender las necesida-



²² Las acciones de tutela han buscado obtener por parte de los jueces el amparo del derecho fundamental al trabajo, sin embargo, éstos consideran que al estar expresamente reglamentado en la ley que la actividad de las madres comunitarias no es laboral, no es dado al juez de tutela proferir un fallo que declare la protección del derecho, pues se inmiscuiría en el campo de jurisdicción laboral la cual es la encargada de declarar la existencia o no de la relación laboral y otorgar los beneficios que ésta conlleva. En este sentido pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T-014 de mayo 28 de 1992 (magistrado ponente: Fabio Morón Díaz) y la T-269 de junio 23 de 1995 (magistrado ponente: Jorge Arango Mejía). Cabe agregar que en el estudio de las tutelas revisadas por la Corte Constitucional sobre este tema se encuentra la T-145 de 3 de abril 1995 que interpuso un padre comunitario exigiendo igualdad en el trato con respecto a las madres comunitarias, en este caso el padre solicita que se le ampare con el seguro de salud al que tienen derecho las madres y el juez de instancia le tutela el derecho a la igualdad mas no el del trabajo que también invocado en la demanda.

des básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo de los niños de los estratos más pobres.

La Corte Constitucional resume de la siguiente forma el concepto de la violación: “El núcleo de la acusación se centra en pedir que cuando la Ley 89 de 1988 utilice la expresión BECA, se entienda que es SALARIO y no subvención, bonificación, aporte o cualquier otro concepto que deslaboralice el trabajo de las madres comunitarias o de las madres jardineras”.²³

Las actoras argumentan que las madres comunitarias son trabajadoras comunitarias, pues de acuerdo con la forma de realizar su actividad se cumplen los elementos para que se configure la relación laboral previstos en los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Estos elementos son: actividad personal del trabajador; subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador y retribución del servicio; de igual forma, debe ser aplicada la teoría contrato-realidad, la cual hace prevalecer la realidad material sobre los acuerdos escritos o verbales que tengan como fin desconocer la formación de la relación laboral.

Basándose en los argumentos de la sentencia C-1516 de 2000, la Corte Constitucional consideró que al igual que en la sentencia citada, se declaraba inhibida para fallar, por cuanto el término becas, contenido en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988, no presenta correspondencia lógica con el cargo formulado y la norma impugnada, pues dicho parágrafo no contiene una regulación relativa a la situación laboral de las madres comunitarias.

En el presente caso, tal como se observa, el núcleo en discusión es el mismo: según los demandantes la expresión becas demandada debe entenderse como salario, y que, en consecuencia, las madres comunitarias y las madres jardineras son trabajadoras del Estado.

La expresión becas, que según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, significa “Pensión concedida o cantidad global destinada para que una persona curse o amplíe determinado estudio” (Guillermo Cabanellas), hace referencia, en el artículo 1, parágrafo 2, de la Ley 89 de 1988, a lo que se entiende por hogares comuni-



²³ Corte Constitucional, sentencia C-1552 de 21 de noviembre de 2001.

tarios, como aquellos que se constituyen a través de becas, y que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar otorgue “a las familias”, para que, con estos recursos, “en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de los recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”. Obsérvese que la disposición no hace referencia a madres comunitarias, y, por el contrario, señala que las becas se entregan a las familias.

Entonces, no existe relación directa, objetiva y lógica entre el contenido material del vocablo acusado y el cargo en que se sustenta la demanda. Y, aunque cuando fue admitida esta demanda, porque aparentemente existía un cargo, de acuerdo con el examen que se ha hecho, ahora encuentra la Sala que el cargo sólo era aparente. En consecuencia, la Corte habrá de inhibirse de pronunciarse de fondo.

Sólo resta observar que es competencia de la justicia ordinaria examinar, según los casos concretos, si se dan los elementos de la relación laboral. Por lo tanto, la Corte no se pronunciará sobre el examen detallado que hacen los demandantes sobre el posible el vínculo laboral de las madres comunitarias y las madres jardineras.²⁴

Es importante resaltar el esfuerzo de las madres comunitarias por utilizar las acciones legales pertinentes para tratar de solucionar su situación, sin embargo, se debe reconocer que de acuerdo con lo sostenido por la alta corporación, la parte de la norma demandada no guarda en el texto una directa identificación con su reclamo (ser declaradas trabajadoras); nótese que el parágrafo 2 del artículo 1 trata de definir los Hocobis cuando consigna “se entiende por”, sin hacer mención a la forma de remuneración de las madres comunitarias. Es necesario aclarar, que aunque se disponga que los Hogares Comunitarios son constituidos mediante becas del ICBF, no necesariamente se intuye (de la misma norma), que de ahí saldrán los recursos con que se retribuirá el trabajo de las madres. La estrategia debió orientarse a demandar las normas que directamente se refieren a la retribución de las madres mediante bonificaciones, las que desconocen expresamente su actividad como laboral



²⁴ *Ibid.*

(Decreto 2989 de 1989 artículo 4; Resolución 0063 de 1994 artículo 19; Decreto 084 de 1992 artículo 43) o que la designan como trabajo voluntario (Decreto 2919 de 1989 artículo 3).

En esta búsqueda de mecanismos para exigir el reconocimiento de los derechos de las madres, el 11 de octubre de 2000 se presentó ante el Consejo de Estado una acción de nulidad con suspensión provisional contra los artículos 17 y 22 del Decreto 047 de enero de 2000. La demanda fue admitida el 15 de marzo de 2001, pero se negó la suspensión provisional de las normas demandadas. Hasta el momento no ha tenido ningún otro trámite.²⁵

El valioso trabajo realizado por las madres comunitarias y sus colaboradores²⁶ tuvo como uno de sus mayores frutos la presentación en el Senado el proyecto de ley 197 de 2001, "Por medio de la cual se reorganiza y complementa el Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones".

Este proyecto, en el artículo 2 literal b, regula lo concerniente al sistema de hogares comunitarios y a la situación laboral de las madres comunitarias:

"b) Las Madres Comunitarias, entendiéndose por éstas todas aquellas personas que presten sus servicios personales, cuidando de algunos miembros de sectores poblacionales más vulnerables en un Hogar Comunitario de Bienestar, bajo la continuada subordinación a la Organización Comunitaria correspondiente, mediante remuneración justa, vital y móvil".

El artículo citado establece claramente los elementos que conforman la relación laboral: servicio personal, continuada subordinación y una remuneración que se constituye en un salario justo, conforme con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo

Además, como principios de la actividad de las madres se consignan dos: el principio de esencialidad —el Sistema de Hogares Comunitarios prestará un servicio público de carácter esencial— y el de continuidad —el servicio del Sistema de Hogares Comunitarios será prestado de manera ininterrumpida—. Lo anterior con miras



²⁵ Consejo de Estado, Sección segunda número de radicación 3304.

a reconocer el servicio público que ejercen los Hocobis, la importancia de su continuidad y, por consiguiente, la estabilidad laboral de las madres comunitarias, a fin de restringir el uso de la huelga de acuerdo con el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo

Se le otorga el nombre de organizaciones comunitarias a "aquellas entidades sin ánimo de lucro organizadas autónomamente por las Comunidades Interesadas, reconocidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante otorgamiento de personería jurídica, que reciban recursos de tal Instituto para la creación y manutención de Hogares Comunitarios de Bienestar."²⁷

Como un gran aporte a la reglamentación imperante, se establece que las madres comunitarias tendrán contrato de trabajo con las organizaciones comunitarias:

Artículo 7°. Vínculo laboral. Las Madres Comunitarias serán trabajadoras particulares, estarán subordinadas a la Organización Comunitaria responsable del Hogar Comunitario de Bienestar en el que trabajen, y tendrán un vínculo laboral con ésta, regido por el Código Sustantivo del Trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar será solidariamente responsable con la Organización Comunitaria por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las Madres Comunitarias, solidaridad que no obsta para que las partes del Contrato de Colaboración pacten las garantías que consideren procedentes.²⁸

El proyecto correspondió a la Comisión Séptima del Senado, en la cual se presentó ponencia favorable y se aprobó el articulado casi en su totalidad; aparte de esto se adicionaron dos normas donde se hizo mención de un régimen de transición y un sistema de profesionalización del servicio prestado por las madres comunitarias, así como la inclusión del principio de permanencia, con el fin de otorgar mayor estabilidad laboral a las trabajadoras comunitarias.²⁹ El 3



²⁶ La iniciativa del proyecto de ley se realizó con la colaboración de los siguientes grupos: el Sindicato Nacional de Trabajadoras al cuidado de la Infancia de los Hogares de Bienestar (Sintracihobi), la Asociación de Mujeres por una Colombia mejor (Amcolombia), el Comité Interinstitucional de los DESC y educadoras comunitarias. Fundac, Gap, ILSA, el Servicio Colombiano de Comunicación y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, que mediante una iniciativa legislativa reconociera y le diera piso constitucional a los derechos laborales de las madres y jardineras comunitarias.

²⁷ Gaceta 153 de 2001 del Congreso. Proyecto 197 de 2001. Ponentes: José Renán Trujillo García y Darío Córdoba Rincón.

²⁸ *Ibid.*

de agosto de 2001 se aprobó el proyecto para segundo debate y se decidió oficiar al Ministerio de Hacienda para que respondiera a la Comisión la inquietud sobre el aval a dicho proyecto. Finalmente, se designó como ponente para segundo debate al senador Darío Córdoba Rincón y, posteriormente, al titular (senador Aristides Andrade).³⁰

Hasta el momento, el proyecto de ley ha tenido un recorrido sin tropiezos, y ha sido adicionado con normas muy importantes que benefician la labor y estabilidad de las madres comunitarias, como el sistema de profesionalización y el principio de permanencia.

CONCLUSIONES

Si bien los programas de protección a la niñez que han sido puestos en práctica por el Estado no han logrado el resultado esperado, se ha logrado concientizar a la comunidad de la importancia de la labor de las madres comunitarias quienes, al encargarse del cuidado de un grupo de niños y niñas, permiten que otras madres ejerzan su actividad laboral.

Es necesaria una solución integral a la situación crítica de las madres comunitarias, la cual sólo puede provenir de la declaración definitiva como verdaderas trabajadoras, pues el reconocimiento parcial de sus derechos y sin garantías, no logra dar cumplimiento a los preceptos constitucionales ni internacionales, al contrario, se crea una mayor discriminación amparada por el mismo Estado.

Sin embargo, no puede perderse de vista que no sólo es la identificación de las madres comunitarias como trabajadoras lo que va a traer la solución de sus problemas, el Estado debe procurar su profesionalización, con el objetivo de otorgarles estabilidad laboral, así como brindar un servicio integral a los niños y a las niñas; además, debe crearse un control eficaz sobre los recursos que se entregan a las organizaciones comunitarias, a fin de que sean realmente destinados al mantenimiento de los hogares y a los salarios de las madres y que se procure el acceso de las mujeres a esta actividad sin ningún tipo de discriminaciones o mediante el tráfico de influencias.



²⁹ Gaceta 273 de 2001 del Congreso. Proyecto 197 de 2001, ponencia para primer debate. Ponente: Darío Córdoba Rincón.

³⁰ Gaceta 599 de 2001 del Congreso, ponencia para segundo debate. Ponente: Darío Córdoba Rincón.

El trabajo realizado por las madres comunitarias y sus colaboradores es un ejemplo de lo que Colombia requiere para la promoción, la protección y la exigencia de los DESC. Es necesario concentrar nuestros esfuerzos en la identificación de los mecanismos y recursos que nos otorga la Constitución y la ley, y con ese espacio más el ingenio de los que trabajamos por la protección de los derechos humanos, conquistar batallas que por más pequeñas que sean consideradas, se convierten en la promesa de que es posible lograr que en el país surja una cultura de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán Maldonado, Gladys, *Madres comunitarias en busca de identidad. Un proyecto educativo que busque recuperar el derecho a la palabra*, tesis de magíster en Educación, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1993.
- Castillo Cardona, Carlos y Ortiz Pinilla, Nelsón, *Los hogares comunitarios de bienestar y los derechos del niño. El caso colombiano*, s. l., Unicef, 1993.
- González, Gustavo; Hermann, Rey, y Juan, Ignacio, *El rol de las madres comunitarias, su relación con la comunidad y con el Instituto de Bienestar Familiar. Trabajo social con niños*, tesis, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
- Herreño Hernández, Ángel Libardo, *No hay derecho... Las madres comunitarias y jardineras...*, Bogotá, ILSA, 1999.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá, 2001.
- Lozano Bautista, Ángela, *El papel del programa de madres comunitarias y de los organismos de apoyo externos en el proceso comunitario. Estudio de caso*, tesis, Bogotá, Universidad de los Andes, 1992.
- Malpica Gonzales, Cristina y Molina Valencia, Patricia, *Actividades realizadas por las madres comunitarias para el logro de objetivos del programa social del ICBF. Hogares de Bienestar del barrio La Granja*, tesis, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, s. f.
- Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia, y Ojeda Quintana, Tomás, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo-American University, 1999.
- Saldarriaga, Camilo y Martínez, Rodman, "Redes sociales que establecen las madres comunitarias del programa de Hogares de Bienestar", en *Investigación y Desarrollo*, No. 3, diciembre, 1993, pp. 79-105.

- Saldarriaga Mesa, Lina María y Vega Chaparro, Laura, *La comunicación afectiva en madres comunitarias de Bosa. Un proyecto de investigación acción*, tesis, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.
- Sierra Guío, Helena, *Rol de la madre como trabajadora remunerada y su influencia en las practicas de crianza*, tesis, Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- Zúñiga Bolaño, Bibiana E., *Las madres comunitarias y sus nuevos roles sociales*, tesis, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.

NORMATIVA CONSULTADA

- Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 176 de 2000.
- Decreto 1340 de 1995, por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.
- Decreto 1791 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo 052 de 1990 del Consejo Nacional de los Seguros Sociales Obligatorios.
- Decreto 2989 de 1989, por el cual se reglamenta el parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988.
- Departamento Administrativo de Bienestar Social, Resolución 0063 de 1994.
- Departamento Administrativo de Bienestar Social, Resolución 0063 de 1994.
- Gaceta 153 de 2001 del Congreso. Proyecto 197 de 2001 de Senado.
- Gaceta 273 de 2001 del Congreso.
- Gaceta 599 de 2001 del Congreso.
- Ley 100 de 1993.
- Ley 509 de 1999, por la cual se disponen unos beneficios en favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social y se otorga un subsidio pensional.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 89 del 29 de diciembre de 1988.
- República de Colombia, Alcaldía Mayor de Bogotá, Decreto 084 de 1992.

SENTENCIAS

- Corte Constitucional, Sentencia C-1516 de 2000
- _____ Sentencia C-1552 noviembre 21 de 2001.
- _____ Sentencia T-014 mayo 28 de 1992.
- _____ Sentencia T-269 junio 23 de 1995
- _____ Sentencia T-145 abril 3 de 1995