

MANUEL RICARDO PINZÓN*

Universidad de los Andes (Bogotá D.C., Colombia)

—

Madres comunitarias: un caso paradigmático de la forma en que el derecho produce identidades**

Community Mothers: A paradigmatic case of how the law produces identities.

Mães comunitárias: um caso paradigmático de como a lei produz identidades

.....

* Abogado de la Universidad de los Andes, con opción en literatura; beneficiario de la beca Quiero Estudiar que ofrece la Universidad de los Andes, y del fondo Jenaro Díaz que otorga el departamento del Huila a sus mejores bachilleres. Investigador del Grupo de Derecho de Interés Público (GDIP) de la Universidad de los Andes. Principales líneas de investigación: teoría jurídica y derecho constitucional. Correo electrónico: manuel_dolfzo@hotmail.com

** Este artículo es producto del proyecto de investigación desarrollada para optar por el título de abogado de la Universidad de los Andes. La investigación inició en Agosto de 2013 y terminó en mayo de 2014. Fue financiada con recursos propios. Artículo recibido el 13/01/2015 y aceptado el 10/03/2015.

Resumen
Abstract
Resumo

En el año 2012, con ocasión de la sentencia T-628 de ese mismo año, se expidió la Ley 1607 cuyo artículo 36 le daría a un vuelco al panorama de las madres comunitarias en Colombia, al regularizar su situación laboral. El cambio se dio después de muchos años de lucha. Este artículo analiza la situación jurídica de las madres comunitarias en los años previos a la expedición de esta ley, desde la perspectiva de género, usando diversas posturas feministas. Se pretende evidenciar cómo una política pública como la de los Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que reproducía una visión de mundo patriarcal y contingente y ubicaba a las mujeres en labores al interior del hogar, jugó un papel influyente en la construcción de la identidad femenina, y perpetuó un esquema de dominación específico.

PALABRAS CLAVE:

Madres comunitarias | ICBF | género | masculinidades | feminismo

.....

In 2012, because of judgment T-628 of that year, the 1607 Act was issued, whose Article 36 would radically change the status of community mothers in Colombia, as it regulates their employment status. The change came after many years of struggle. This article analyzes the legal status of community mothers in the years before the enactment of the law, from the perspective of gender, using various feminist positions. It aims to show how a public policy as the ICBF community homes, which featured a patriarchal and contingent world view, which locates women in work within the home, played an influential role in building the female identity, and perpetuated a system of specific domination.

KEYWORDS:

Community mothers | ICBF | gender | feminism

.....

Em 2012, por ocasião da decisão T-628 desse mesmo ano, a Lei 1607 foi emitida, cujo artigo 36 transformaria o panorama de mães comunitárias na Colômbia, com a regularização de sua situação de emprego. A mudança veio após muitos anos de luta. Este artigo examina a situação jurídica das mães comunitárias nos anos antes da emissão desta lei, a partir da

perspectiva de gênero, usando as várias posições feministas. O objetivo é mostrar como uma política pública, como a das Casas Comunitárias do ICBF, que apresentava uma visão de mundo patriarcal e contingente e colocava as mulheres em trabalhos dentro de casa, desempenhou um papel influente na construção da identidade feminina e perpetuou um sistema de dominação específico.

PALAVRAS-CHAVE:

Mães comunitárias | ICBF | gênero | feminismo

Introducción

Los paros y huelgas de las madres comunitarias, que desde el 2011 fueron constantes en el programa de hogares comunitarios (HCB) del ICBF, fueron reflejo de una precaria regulación legal que vulneró el derecho al trabajo y a la igualdad de las mujeres que desempeñan estas labores.¹ La falta de un vínculo legal claro, la ausencia de un salario justo como contraprestación a la labor, y la insistencia de los órganos estatales², principalmente del ICBF, del legislativo, y del órgano judicial, en ignorar el problema, fueron factores que influyeron para que diferentes entes nacionales e internacionales revisaran la situación irregular en que se desarrolla el programa de hogares comunitarios (Comité Pro DESC de las madres comunitarias *et al.* 2003).

Dentro de este marco se desarrolló un estudio que analizó, a la luz de los postulados de las teorías feministas del derecho, la institución de las madres comunitarias en Colombia. Las preguntas de investigación que guiaron el trabajo fueron las siguientes: ¿De qué manera, el programa de Hogares Comunitarios del ICBF, desde su creación en 1987, se ha desarrollado de forma que resulta en una discriminación de género, con respecto a las mujeres que ejercen la labor de madres comunitarias? ¿Y cómo esta concepción del trabajo de las madres comunitarias contribuye a la construcción de identidad femenina en Colombia y determina un rol para las mujeres en el juego de repartición de poder?

La hipótesis al respecto fue que el programa HCB, al haber mantenido en la informalidad y desregulación la labor de las madres comunitarias, además de fomentar un espacio viciado en donde se perjudicaron los derechos de las mujeres de estratos bajos, también estuvo invisibilizando y subestimando el trabajo reproductivo que tradicionalmente ellas han realizado. Esto refleja una visión de mundo según la cual solo el trabajo productivo que históricamente se ha atribuido al hombre debe ser formalizado y regulado. Mientras que el trabajo de cuidado, que se desarrolla al interior de los hogares, en el ámbito privado, es históricamente atribuido a la mujer, y aún continúa sin ser valorado (Olsen, 2001). Visto así, el programa HCB perpetuó un determinado estado de cosas que no es el necesario ni el mejor; ubica a la mujer en un rol específico e influye en la construcción de la identidad femenina en nuestra sociedad.

El presente documento está dividido en tres partes. La primera parte trata el desarrollo legal y jurisprudencial que ha tenido la figura de las madres comunitarias: esto permite,

1. Revisar anexo: cuadro de noticias: ver noticia 10 a noticia 33.

2. De acuerdo a la Constitución, es misión conjunta de todo el Estado propender por la materialización de los derechos de sus nacionales, sin importar su condición racial, social, económica o de género. Sin embargo, hay que considerar los órganos estatales que tienen injerencia directa sobre la situación de las madres comunitarias; por ejemplo, el aparato legislativo, que no ha provisto una legislación garantista de las madres comunitarias; el ICBF, ente administrativo que promulga reglamentaciones que desconocen la condición real en que estas mujeres adelantan su labor; y las altas cortes, que soslayando los principios constitucionales que los rigen, han causado un perjuicio a las mujeres que trabajan como madres comunitarias.

primero, conceptualizar el programa de HCB y, segundo, elaborar un diagnóstico en el que se identifiquen concretamente las políticas, leyes, reglamentos y la jurisprudencia que incidieron en la discriminación de la labor de las madres comunitarias. En la segunda parte se enuncia de manera detallada el marco teórico a través del cual se dio lectura de la figura de madres comunitarias, para luego presentar un análisis crítico del programa HCB; se usan categorías implementadas por distintas corrientes feministas. Finalmente, en la tercera parte, se presentan las conclusiones generales de la investigación.

Construcción legal y jurisprudencial de las madres comunitarias

Contexto social, construcción legal y reglamentaria

La Ley 89 de 1988 creó los Hogares Comunitarios del Bienestar Familiar. El artículo primero, parágrafo segundo, dice que los HCB son “aquellos que se constituyen a través de becas del ICBF a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de 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” (Ley 89 de 1988. Artículo 1).

Actualmente el programa HCB cubre casi la totalidad del territorio colombiano; se encuentra presente en 1.089 de los 1.103 municipios del país (González y Duran, 2012). De acuerdo a cifras del ICBF, en las zonas donde hay mayor presencia son: Bogotá, 6.700 Hogares; Antioquia, 6.300; Valle del Cauca, 4.700; Córdoba, 4.200; Atlántico, 4.100; y 3.800 en Nariño.³ Para 2009, fecha en que se rindió el último informe de cobertura, eran más de 67.000 madres comunitarias que se encargaban de atender a 1.206.287 usuarios.

El acuerdo 21 de 1996, proferido por el ICBF, en su artículo quinto dice cuál es la edad de los niños que pueden ser beneficiarios del programa: “Los Hogares Comunitarios de Bienestar atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar”. Así, “se podrán organizar Hogares de Bienestar según las siguientes modalidades: 1) Para atender niños de cero a siete años, pudiéndose incluir dentro de ellos niños discapacitados, 2) Para atender niños menores de dos años y 3) Para atender mujeres gestantes, madres lactantes y niños menores de dos años” (ICBF, Acuerdo 21 1996, Artículo 5).

En este mismo acuerdo se trazan los criterios generales de funcionamiento de los HCB. Dentro de estos criterios, entre otras cosas, el ICBF establece que los hogares comunitarios funcionarán bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la

.....
3. Anexo de noticias; noticia 34.

asociación de padres de familia, o la organización comunitaria. También establece el perfil de las madres comunitarias:

Hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños (ICBF, Acuerdo 21 1996, Artículo 5).

Es necesario aclarar que, pese a que la norma concibe la posibilidad de que también un hombre pueda ser madre comunitaria, de acuerdo al quinto informe periódico rendido por Colombia ante el comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), son solo mujeres (alrededor de 87.000) las que realizan esta labor (Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2010).

El artículo 4 del acuerdo mencionado dispone sobre los recursos que financian el programa: el gobierno nacional asigna recursos a través del ICBF, los cuales se destinan para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación del hogar. La beca está formada por “los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a: madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos”. El pago de la beca, en lo que respecta a las madres comunitarias, está determinada por el número de niños que atiende. Para 2012 esta cifra oscilaba entre \$349.000 y \$ 407.000.

Adicionalmente establece que el resto de recursos del programa provendrán de los siguientes entes: 1) los que asignen las entidades territoriales; 2) las cuotas de participación de los padres de familia y el trabajo solidario de la comunidad; 3) los aportes de las personas naturales, jurídicas, públicas, privadas y organismos internacionales; y 4) los demás que la comunidad decida destinar (ICBF, Acuerdo 21 1996. Artículo 4).

Es de destacar que este acuerdo también reglamenta el lugar de funcionamiento de los hogares comunitarios: estos podrán funcionar en la casa de la madre comunitaria, en espacio comunitario, o en espacio cedido por persona pública o privada; el lugar donde funcione el hogar deberá contar con las adecuaciones necesarias, de manera que se garanticen condiciones físicas, ambientales y de seguridad para los niños.

El Decreto 1340 de 1995 establece que el ICBF, a través de su junta directiva, será el encargado de establecer los criterios y procedimientos que organicen el funcionamiento del programa de hogares comunitarios.

En cuanto al vínculo existente entre madres comunitarias y el ICBF, no se encuentra ninguna remisión legal. Para regular este punto, hasta antes del 2014 solo había una

disposición reglamentaria. El decreto 1340 de 1995, en su artículo 4, dispone que la vinculación de las madres “constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen” (Decreto 1340 de 1995).

Sin embargo, en el año 2014, por medio del decreto 289 de 2014, se reconoce la vinculación laboral de las madres comunitarias del programa HCB. De acuerdo a este decreto la vinculación se dará mediante un contrato laboral entre la madre comunitaria y las entidades administradoras del programa HCB. En este mismo decreto se establece que el único patrón de las madres comunitarias será la entidad administradora, y que por tanto el ICBF no es solidariamente responsable por las prestaciones que se les adeuden (Decreto 289 de 2014).

Aunque con este reconocimiento pareciera que no es necesario continuar la discusión acerca de la desigualdad laboral de las madres comunitarias, lo cierto es que durante los 20 años en que se mantuvo la informalidad y desregulación de estas mujeres tuvieron efectos negativos que no pueden ser ignorados. Es por esto que vale la pena continuar viendo por los avances en materia legal y jurisprudencial del programa HCB, principalmente en lo que tiene que ver con las madres comunitarias.

Aun cuando las cosas no han mejorado lo suficiente, sí se debe decir que gracias a la presión de ciertos organismos internacionales, como el comité para el cumplimiento de los DESC y los entes encargados del cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), y de movimientos nacionales como el Sindicato de trabajadoras al cuidado de la infancia en hogares de bienestar (SINTRACIBOHI), o el comité PRODESC de las trabajadoras comunitarias, se han conseguido ciertos avances en materia normativa, específicamente en el área de protección social (Comité Pro DESC de las trabajadoras comunitarias, *et al.* 2003).

Inicialmente las madres comunitarias, por mandato de la Ley 100 de 1993, entrarían al sistema por medio del régimen subsidiado de salud, el cual brinda atención a las personas que no cuentan con capacidad de pago. Sin embargo, con la promulgación de la ley 509 de 1999, se les trasladó a ellas y a todo su grupo familiar al régimen contributivo. La base para cotizar no sería el salario mínimo, sino el monto correspondiente al valor que cada madre recibiera como bonificación; y el porcentaje sería el 4% sobre este monto.

En el tema de pensiones, la ley 1187 de 2008 dispuso que los aportes de las madres comunitarias al régimen general de pensiones sería subsidiado por el fondo de solidaridad pensional. Además prioriza el acceso de las madres comunitarias al subsidio de la subcuenta de subsistencia, cuando cuando no puedan cumplir con los requisitos para acceder al fondo de solidaridad pensional. Para acceder a esta subcuenta se requiere acreditar, por medio del ICBF, ser efectivamente una madre comunitaria. El régimen

de riesgos profesionales también quedó cubierto cuando en noviembre de 2011 se autorizó en el Plan Nacional de Desarrollo la afiliación gratuita a este sistema para todas las madres comunitarias.⁴

En el tema de la bonificación como contraprestación a la labor de las madres también ha habido modificaciones notables. Desde la creación del programa de HCB hasta el 2002, la bonificación no alcanzaba a representar un 50% del salario mínimo legal vigente (Comité Pro DESC de las trabajadoras comunitarias, *et al.* 2003). Luego, en 2008, con la ley 1187, se ordenó que el pago a las madres comunitarias ascendiera al 70% de un Salari Mínimo Legal Vigente (SMLV). Luego de proferida la sentencia T-628 de 2012, la Corte Constitucional, en aras de hacer más igualitario el trabajo de estas mujeres, decidió que la bonificación debía ser por lo menos equivalente al salario mínimo. En octubre de 2013, como respuesta a las protestas de las organizaciones de madres comunitarias, se prometió que para el 2014, a más tardar a partir de junio, ellas también contarían con un vínculo laboral con todas las garantías legales.⁵

Finalmente, a principios de 2014, con la llegada del decreto 289, empieza la formalización de los contratos de las madres comunitarias. Sin embargo, en febrero, las quejas nuevamente empiezan a llegar, pues se brinda un contrato a término definido de solo ocho meses.⁶ Esto resulta problemático, primero, porque no aparece reglamentado en el nuevo decreto, y segundo, porque desestima el vínculo a término indefinido al que estaban acostumbradas las madres. La estabilidad económica y laboral de estas mujeres continuaría en la misma situación precaria, toda vez que pasan de estar un régimen en el que podían ser sacadas en cualquier momento, a través de decisiones arbitrarias del ICBF, a ser regidas por un contrato que no les da certeza de seguir ejerciendo el trabajo que les da el sustento mínimo.

Corte Constitucional

Solamente tres tutelas han llegado a la Corte Constitucional sobre el vínculo entre madres comunitarias y el ICBF. Por esto, para hacer un análisis completo de las decisiones de la Corte, se procedió a estudiar cada una de las tres sentencias, buscando posicionar la decisión de la Corte dentro de un espectro que permita entender, desde la perspectiva constitucional, cómo ha sido concebida la labor de las madres comunitarias. En esta sección se presentan resumidamente los hechos de cada caso, la decisión de la Corte con su respectiva argumentación y un análisis propio de cada una de las sentencias.

.....
4. Revisar anexo: Cuadro de noticias. Ver noticia 6.

5. Revisar anexo: Cuadro de noticias. Ver noticia 29 y 30.

6. Revisar anexo. Cuadro de noticias. Ver noticia 32 y 33.

T-269 de 1995

Esta sentencia resuelve una demanda instaurada por una madre comunitaria a quien el ICBF decidió cerrarle el hogar comunitario a su cargo. Los derechos que la demandante considera vulnerados son los de la libre expresión, trabajo, debido proceso e igualdad. Según ella, el ICBF inició una persecución en su contra, que terminó con el cierre del hogar, del cual ella recibía su sustento vital, luego de que ella exigiera alimentos y otros servicios, que al ICBF le es obligatorio dar para la manutención del hogar.

La tutela fue negada a la madre comunitaria. La Corte adujo los siguientes argumentos: primero, que el cierre del hogar comunitario no implicaba que la demandante no pudiera seguir desarrollando otras actividades para su sustento. Y segundo, que la relación surgida entre ICBF y la madre comunitaria, en la medida que esta nunca ostentó la calidad de empleada, es de carácter civil y bilateral; por ende no puede haber vulneración del derecho al trabajo. El resto de cargos fueron desestimados sin pronunciamiento alguno (Corte Constitucional, T 269 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía).

Con respecto a esta sentencia hay varios puntos importantes en los que hay que detenerse. Hay que hacer énfasis en que la madre comunitaria, en los hechos que relata, afirma que su sustento de vida se deriva de su labor como madre comunitaria. Esto implica que el trabajo de cuidado que desarrolla deja de ser voluntario, puesto que la madre comunitaria no lo hace en su tiempo libre, ni como un hobby, ni por caridad: lo hace porque lo necesita. Como se verá en las demás sentencias, este es un común denominador entre las madres comunitarias: ninguna se hace cargo de los hijos de otra porque se le facilite el cuidado, porque sea caritativa o porque le divierta; lo hace porque necesita los ingresos que esta actividad le provee para mantenerse.

Hay que tener en cuenta que para ese entonces no existía el decreto que determina la calidad de la vinculación de la madre comunitaria. No existían entonces fundamentos normativos que le permitieran a la Corte esclarecer el vínculo contraído entre demandante y demandado. Pese a esto, se considera que la Corte fue displicente en su argumentación al no recurrir a principios y normativa vigente del derecho laboral, como el principio del contrato realidad. Se decide más bien considerar el vínculo de carácter civil. De haberse tomado un camino distinto, se hubiera llegado a la conclusión, dadas las condiciones de desempeño de la labor de la madre comunitaria, dentro de las cuales está el hecho de que en la práctica no es una labor voluntaria, de que existen elementos necesarios para decir que existe un contrato laboral. Y que de este contrato se debió entonces desprender la existencia de un despido sin justa causa.

SU-224 de 1998

Una madre comunitaria interpone demanda contra el ICBF, por sentir violados sus derechos al trabajo y a la igualdad. Fundamenta estas vulneraciones con base en el cierre del hogar comunitario que había tenido bajo su cargo durante siete años, y del cual recibía el sustento para cubrir sus necesidades básicas. El cierre se da luego de que la mujer sobrepasara la edad límite, 55 años, para poder ejercer como madre comunitaria.

La Corte decidió en contra de las pretensiones de la madre comunitaria, pero esta vez con un salvamento de voto. La decisión se fundamentó en que por expresa disposición reglamentaria la labor que desempeñan las madres comunitarias debe ser entendida como voluntaria, y no como producto de una vinculación laboral.

Aunque en este caso ya es posible remitirse al decreto 1340 de 1995, en donde se regula la relación existente entre la madre comunitaria y el ICBF, el análisis hecho por la Corte continúa siendo muy pobre. Es claro, y en esto coincido con el magistrado que salvó su voto, que una argumentación adecuada con respecto al cargo por la vulneración al derecho al trabajo debió traer consigo una discusión doctrinal, que confrontara la realidad fáctica de la labor de la madre comunitaria con la idoneidad de la norma que regula la relación, y con la aplicabilidad del principio de contrato realidad en derecho laboral (Corte Constitucional, SU 224 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara).

Con respecto a la violación del derecho a la igualdad, la argumentación de la Corte es limitada; no se extiende más allá del criterio usado –el de la edad– para el cierre del hogar comunitario y la desvinculación de la madre. Se llega a la conclusión de que no existe discriminación, pues el criterio, establecido en un acuerdo, es aplicable a todas las demás madres comunitarias.

T-628 de 2012

Una madre comunitaria que padece de Sida demanda al ICBF por considerar que le han sido violados sus derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso. Según ella, el hogar comunitario que estaba a su cargo, y en el cual trabajaba para obtener su sustento, fue cerrado después de una persecución iniciada en su contra, luego de que los funcionarios del ICBF se enteraran de su enfermedad.

La Corte Constitucional resuelve a favor de la demandante. En esta sentencia, finalmente, la Corte decide darle importancia a la situación irregular de vulneración de derechos a la que estaban siendo sometidas las madres comunitarias del programa de hogares comunitarios del ICBF. La Corte se aleja de la tesis primitiva, sostenida anteriormente, en la cual se toma la relación entre el ICBF y la madre comunitaria como de carácter civil. La Corte entiende, y así lo expone, que aunque haya normativa que

regule el tema, también existen preceptos constitucionales que abren puertas para que la regulación de la relación ICBF–madres comunitarias, tome otro rumbo.

Sin embargo, en materia laboral no se llega a un punto fijo. Si bien la Corte abre la posibilidad de que un juez competente pueda llegar a declarar la existencia de un contrato de trabajo, dadas las condiciones fácticas de ejecución del contrato por parte de la madre comunitaria, esto se daría para cada caso en concreto, y la Corte no estaría facultada para hacerlo toda vez que se estaría excediendo en sus facultades como juez de tutela. Llegando de esta manera a decirse simplemente que la relación existente con la madre comunitaria, es un régimen especial situado entre el derecho laboral y el derecho civil.

La Corte es consciente además de los límites que deben tener las palabras “contribución voluntaria”, usadas en el artículo 4 del decreto 1340 de 1995. Al respecto dice que:

No puede ser interpretado en el sentido de que las madres comunitarias hacen una especie de “voluntariado”. Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales. (Corte Constitucional, T 628 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Otra parte de la argumentación de la Corte resulta de suma importancia: la que desarrolla alrededor del derecho a la igualdad. La Corte, esta vez, además de centrarse en la discriminación que conllevó al cierre del hogar comunitario, en este caso el sida, lleva el asunto a un nivel más abstracto, cuestionando las condiciones de igualdad en los cuales es regulado el oficio de las madres comunitarias. En este aspecto afirma que el hecho de que la labor de las madres comunitarias no sea considerada como un trabajo, no es *per se* discriminatorio; lo que es discriminatorio, son aquellas diferencias entre las contraprestaciones que recibe un trabajador regular y una madre comunitaria, y que van en perjuicio de estas últimas. Las diferencias en detrimento de las madres comunitarias, luego de una confrontación entre los beneficios que recibe cada uno, trabajadores y madres, termina demostrándose; dando lugar a la discriminación.

Consejo de Estado

El tema resuelto por este tribunal tiene que ver con las fallas en el servicio que se ocasionan al interior de los hogares comunitarios; interesa particularmente porque en estos fallos el Consejo de Estado entra a analizar la naturaleza del vínculo entre madre comunitaria y el ICBF.

Las acciones que llegaron al Consejo de Estado con casos que involucraron madres comunitarias, fueron apelaciones o tutelas que recurren alguna decisión previa de acción de reparación directa (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 28 de Noviembre de 1996. Expediente 13023. C.P. Javier Díaz Bueno). Se demanda al ICBF para que se le declare responsable por alguna falla en el servicio ocasionada al interior de un hogar comunitario, y que presuntamente es imputable a la madre comunitaria que está a cargo. Los demandantes generalmente son padres de menores que sufren daños estando a cargo de una madre comunitaria.

Más allá del juicio que se hizo con respecto a la configuración de la falla en el servicio, lo cierto es que el Consejo de Estado ha sido uniforme en su jurisprudencia al establecer que el ICBF debe ser responsable por los hechos de las madres comunitarias, cuando se den dentro del hogar comunitario en razón de su labor (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Expediente: 050012331000200101546 02. C. P. Enrique Gil Botero).

No obstante, el análisis que hace el tribunal resulta un tanto contradictorio: por un lado, se toma la posición de que no hay vínculo laboral u oficial, atendiendo a las reglamentaciones al respecto. Sin embargo, es a partir del análisis que se hace de esta misma reglamentación que el Consejo de Estado considera que hay una relación técnica, administrativa y económica, lo suficientemente estrecha entre los hogares comunitarios y el ICBF como para conseguir que se configure la responsabilidad en cabeza de la entidad estatal (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 9 de diciembre de 2012. Radicado N° 11001-03-15-000-2010-01181-00(AC).C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

En este punto es de recordar que la falla en el servicio se configura cuando obra una acción o una omisión de una entidad administrativa o de sus dependientes, a partir de la cual se genera un daño antijurídico. Que el Consejo de Estado determine que las madres comunitarias no tienen vínculo laboral u oficial, pero que el ICBF sí debe responder por las fallas que se presenten dentro de los hogares comunitarios, es contradictorio, pues la falla en el servicio solo sería imputable si y solo si la madre comunitaria actúa como agente del ICBF.

Consideraciones preliminares

Lo que se pudo abstraer, tanto de la posición de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, es que en ambas partes hubo una resistencia injustificada a catalogar la labor de cuidado de las mujeres que trabajan en los hogares comunitarios como un trabajo digno de ser protegido por la legislación laboral. De hecho, de las consideraciones expuestas por ambos tribunales se pudo ver que en el caso de las madres comunitarias se encuentran constituidos todos los elementos exigidos en el artículo 23 del Código

Sustantivo del Trabajo. A saber: la actividad personal del trabajador, el cuidado personal que hacen las madres comunitarias de los niños que llegan a los hogares comunitarios; la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador, que se configura a partir de los lineamientos y vigilancia que establece el ICBF respecto de las madres comunitarias para el funcionamiento de los hogares, y que de no ser cumplidos son causales para su cierre. Finalmente, un salario como contraprestación del servicio, se constituye a partir de las bonificaciones que el ICBF da a la madre comunitaria por el ejercicio de su labor. Cuando se reúnen estas tres exigencias se debe entender que existe un contrato de trabajo, y que no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, o por condiciones adicionales que se impongan.

Aunque desde principios de enero de 2014 el ICBF se ha puesto en la tarea de formalizar laboralmente a más de 70.000 madres comunitarias, lo cierto es que sigue siendo una respuesta tardía que no ha dejado de provocar perjuicios en las mujeres que han prestado el servicio como madres comunitarias durante los más de 20 años de existencia del programa de HCB. Además, como se mostrará en la siguiente sección, esta respuesta tardía del ICBF, sirve muy poco para revertir los efectos del programa como una política pública que ha influido en la forma en que se piensa y se construye la femineidad en Colombia y que ha afectado de manera adversa la lucha por la igualdad de género.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el historial poco alentador del Estado en su tarea de regular de manera garantista la labor de las madres comunitarias, no se considera que la mera formalización deba ser tomada como una victoria. Hay que ver cuáles son las estrategias gubernamentales que se implementan para la consecución de esta tarea. Por ejemplo, pasados apenas dos meses del año 2014, las madres comunitarias empiezan a presentar quejas por el esquema de formalización que presenta el ICBF. Este nuevo esquema puede acarrear la pérdida de sus labores en un corto plazo. Aunque el contrato laboral les garantiza un salario mínimo y todas las prestaciones sociales, tiene un término fijado a ocho meses que les genera la incertidumbre de quedarse sin empleo si así lo decide el ICBF.

Aunque se podría decir que esta situación representa un riesgo inevitable y que cualquier trabajador normal debe asumir, se considera que la situación de las madres comunitarias debe tener un trato especial. En primer lugar, porque hay que tener en cuenta que durante veinte años las madres comunitarias vienen ejerciendo su labor a través de un vínculo a término indefinido, que era respetado siempre y cuando se siguieran los lineamientos del ICBF. Y en segundo lugar, porque el tema de fondo en la discusión sobre los derechos de las madres comunitarias tiene que ver con el medio legal que se usa para contratar a estas mujeres, pero importa más la forma en que les son garantizados efectivamente todos sus derechos. No se trata de concederles las prerrogativas legales que otorga el status de trabajadoras solo por un corto tiempo para luego dejar expuestos el resto de sus derechos.

Análisis crítico de la labor de las madres comunitarias

Esta segunda parte se enfoca en argumentar dos posiciones con respecto al programa HCB, que se complementan una a la otra: primero, que el programa de HCB, en lo que tiene que ver con las madres comunitarias, funcionó como una política pública que perpetúa un estado de cosas específico que va en perjuicio de la igualdad material de género. El estado de cosas al que me refiero materializa un escenario de opresión femenina en el cual se ubica a la mujer en un papel subsidiario dentro de la distribución de roles dentro de la sociedad colombiana. El papel opresivo que históricamente ha desempeñado la mujer es el de desarrollar labores domésticas y de cuidado, de manera gratuita e informal, al servicio de los hombres; de manera que estos puedan salir al ámbito público y productivo (Fraser, 2013). La labor de las madres comunitarias, siendo un trabajo puramente de cuidado y al haberse mantenido en la informalidad y desregularización, se constituye entonces como una política pública que reproduce un esquema claro de opresión contra la mujer.

Segundo, que el programa HCB es un ejemplo claro de cómo el derecho interviene en la creación de los sujetos que regula. Este programa, al relegar a las madres comunitarias a un espacio en el que el trabajo de cuidado que realizan, típicamente femenino, es concebido como voluntario e informal, influye en la forma en que pensamos la femineidad. Que sea una política pública la que diga—de manera tácita o explícita— que el trabajo de mujeres debe ser mal pago y noregulado de manera estricta, hace que se relacione a la mujer con determinadas nociones y valores que contribuyen a su ubicación en roles sociales subsidiarios.

El programa HCB como una política pública que perpetúa la opresión sobre la mujer

Para mostrar que el programa HCB reproduce un esquema de opresión sobre la mujer, es necesario evidenciar cómo se da; para esto me adhiero a la propuesta que plantea Jannet Halley para caracterizar el feminismo. Ella dice que es necesario partir de tres proposiciones: La primera: Que existe un hombre, macho, masculino, proveedor, activo, etc., que es diferente a la mujer, hembra, femenina, cuidadora, pasiva, etc. La segunda: que hombre es más que mujer. La tercera: hay que tomar partida a favor de la mujer. Defender estas proposiciones, que Halley denomina el “trío de la injuria” conlleva a pararse en una posición reactiva que describe la situación de la siguiente manera: “Las mujeres sufren daños, las mujeres son inocentes y los hombres son inmunes” (Halley, 2008: 10-15; Jaramillo, 2007: 133). A lo anterior se debe sumar que los hombres se ven beneficiados de este esquema.

Estas nociones de Halley son coherentes con la postura que ha planteado Frances Olsen: el pensamiento de la sociedad se ha venido construyendo a partir de series complejas de dualismos que se han dado de manera que el lado privilegiado es el masculino, mientras que el otro es el femenino. Esta jerarquización de los dualismos se ha dado del mismo modo en que los hombres han definido y dominado a la mujer, de manera que lo masculino siempre ha sido lo deseable. Por ejemplo, lo irracional se define a partir de la ausencia de lo racional, o lo pasivo como fracaso de lo activo (Olsen, 2000).

Olsen habla del trabajo doméstico como una herramienta de opresión en varios de los dualismos. Por medio de este se posiciona a la mujer como dueña de la familia, pero la excluye de su opuesto socialmente privilegiado: el mercado. El tiempo que la mujer ocupa en el trabajo doméstico es tiempo que no puede usar en el mercado, lo que a su vez la ubica en el lado menos deseable de tres dualismos: improductividad, altruismo y dependencia, que se contraponen a productividad, individualismo e independencia, respectivamente. En esta posición subsidiaria dentro de la jerarquización de los dualismos se construye la dominación. Las mujeres se quedan en la casa atendiendo el cuidado del hogar, perdiendo la posibilidad de acceder a la construcción de riqueza valiosa, de manera que los hombres puedan desempeñarse libremente y sin perjuicios en el ámbito público y productivo. A partir de este escenario se genera la pérdida de recursos y de poder de negociación de la mujer, que explica la inferioridad que socialmente se le atribuye (Olsen, 2000).

Como consecuencia, el trabajo de cuidado es tomado como deber.⁷ Esto quiere decir que las mujeres deben invertir tiempo y energía en labores por las cuales no recibirán contraprestación, asumiendo además los riesgos de transferir o desconcentrar estas labores. Además, que el cuidado sea concebido como un deber de las mujeres también implica el correlativo derecho por parte del hombre para exigirlo y para eximirse de realizarlo (Halley, 2008).

El derecho, que en este caso específico regula y desarrolla las políticas públicas, asume el trabajo doméstico como deber de la mujer. Este deber se sustenta en una naturalización que se hace desde el derecho de familia, el cual se encarga de ligar el cuidado del hogar con valores típicamente femeninos como el altruismo. Desde el derecho se presume y se regula un modelo de mujer que tiene una vocación natural de cuidar a su familia (Buchely, 2013).

Siguiendo esta línea, Nancy Fraser sostiene que la prestación de servicios relacionados con el cuidado tiende a producir efectos negativos, al menos si se les compara con otra clase de trabajos productivos. Estos trabajos son peor remunerados o no son reconocidos. Si son realizados al interior del hogar son vistos como el cumplimiento de

.....
7. Me voy a referir a deber como aquello que es forzoso hacer, pero sin recibir ninguna contraprestación. Esto en contraposición a una obligación que es generada por un acuerdo de voluntades, en la cual cada quien se ve forzado a hacer algo, pero a su vez adquiere el derecho de recibir algo más a cambio.

un deber, mientras que si son desarrollados en el ámbito público son tomados como producto de poco esfuerzo o provenientes de personal poco preparado (Fraser, 2013). Para Hirschmann y Liebert (2001) esta situación se debe a la feminización que tiene el trabajo de cuidado, que generalmente desemboca en informalidad y desregulación.

En la medida que lo anterior explica la dominación sobre la mujer a partir de la asignación del rol que se le ha dado en el sistema de producción capitalista, podría encajarse dentro del feminismo socialista. El feminismo socialista se fundamenta en los efectos que trae el capitalismo sobre la división de trabajo productivo-reproductivo, y que tiene incidencia en la igualdad de la mujer (Alviar, 2008). El feminismo socialista se desarrolla a partir de las ideas planteadas por Engels en *El Origen de la familia, la Propiedad Privada y el Estado*: antes del surgimiento del capitalismo, tanto el trabajo productivo como el reproductivo tenían un mismo valor, y en esta medida tanto hombres como mujeres tenían el mismo poder de decisión. Con la llegada del capitalismo se dio preponderancia al trabajo productivo y se invisibilizó el trabajo reproductivo; de esta manera los hombres encargados del trabajo productivo adquirieron más poder de negociación, y se relegó y subestimó entonces el papel de la mujer (Alviar, 2008).

Me interesa poner de presente el marco teórico que defienden las principales posturas feministas, pues bajo estas categorías de análisis pretendo argumentar cómo el programa HCB resulta adverso a la lucha por la igualdad de la mujer.

Desde el feminismo liberal se sostiene que el posicionamiento de la mujer en el opuesto menos privilegiado es contingente, pues las mujeres cuentan con las capacidades para desempeñar el mismo rol que los hombres. Por esto es necesario que se promuevan reformas legislativas que brinden iguales oportunidades tanto a hombres como a mujeres (Alviar, 2008). Por otro lado, desde el feminismo cultural se está de acuerdo en que sí hay diferencias claras entre el hombre y la mujer. En lo que disienten es en la jerarquización de los opuestos en los dualismos. Para ellas el privilegio que se ha dado a los valores que caracterizan lo masculino, no son necesariamente mejores que los que caracterizan lo femenino. En este sentido, las reformas legales deben estar encaminadas a conseguir que sean valoradas las nociones que caracterizan lo femenino bajo los mismos presupuestos que las nociones que caracterizan lo masculino (Alviar, 2008).

Una lectura del programa HCB podría decir que es una política pública que representa en alguna medida los intereses del feminismo liberal y que hace una redistribución de los roles que critica el feminismo socialista; y que por tanto no es una política criticable, al menos desde sus efectos sobre la materialización de la igualdad de género. En teoría, el programa HCB al encargarse de las labores de cuidado de los niños de las familias de escasos recursos, permite a las mujeres de estas familias insertarse en el mercado laboral; aboliría una de las barreras sociales que impiden a la mujer actuar en igualdad con el hombre. A su vez, también actuaría sacando a la mujer del rol del cuidado del

hogar que históricamente se les ha impuesto, permitiendo que ganen independencia y un papel productivo en la sociedad.

No obstante, por la forma en que se ha desarrollado, el programa muestra una realidad diferente. Como se vio en la sección anterior, el trabajo de las madres comunitarias, desde su creación, ha sido mantenido como voluntariado y relegado casi a la desregularización. Adicionalmente el pago dado como contraprestación ha estado, por más de 20 años, por debajo del salario mínimo; mientras que también se le ha privado de otra serie de beneficios a los que trabajadores regulares tienen derecho. Esta situación trae dos consecuencias que llevan a pensar que el programa en realidad no beneficia ni a las madres comunitarias ni a las mujeres de estratos bajos que aprovechan los servicios del programa HCB.

A continuación muestro por qué: primero, las deficiencias administrativas e institucionales han hecho que los resultados de los HCB en la atención del cuidado de los niños, y de sus necesidades en salud, seguridad, educación y habilidades psicosociales sean cuestionables. Esto además de poder corroborarse en los estudios que se han hecho al respecto (Bernal *et al.*, 2009)⁸, puede verse en los casos de falla en el servicio que involucran hogares comunitarios resueltos por el Consejo de Estado. Esta situación además de perjudicar los derechos de los niños que el programa dice proteger, también va en perjuicio de sus madres. Tal y como he mostrado, es a la mujer a la que se le ha asignado el deber del cuidado de la familia, lo que a su vez implica que es ella la que debe asumir los riesgos y los costos de contratar o delegar el trabajo de cuidado (Buchely, 2013). Aun cuando la madre pueda contratar el trabajo de cuidado con terceras personas, como es el caso de los HCB, si los niños se enferman o no aprenden, seguirá siendo culpa de su madre. En este sentido, el programa HCB en vez de ser un incentivo para que las mujeres de escasos recursos tengan la oportunidad de salir al mercado laboral, se convierte más bien en un riesgo más que las mujeres deben asumir.

Las mujeres usan los servicios del programa HCB porque los necesitan; sin embargo, el riesgo que toman es muy alto, por lo que hay desigualdad material entre el costo de oportunidad que pagan estas mujeres para salir a trabajar con respecto al que pagan los hombres. No pasa igual en los casos en los que las mujeres de estratos altos deciden delegar el trabajo de cuidado; en la medida que ellas tienen una capacidad de remunerar mejor la labor, también tienen la posibilidad de exigir una mejor calidad en los cuidados y reduzcan el riesgo de que sus hijos no crezcan de manera segura. Es mucho más fácil que las mujeres de estratos altos puedan salir al mercado laboral casi que en igualdad a sus parejas.

.....
8. Este estudio corresponde a la última sistematización de información que se hizo con respecto al diagnóstico de cobertura del programa de HCB. Aunque sea del 2009, es la información fidedigna más reciente que se tiene. Este informe muestra que, pese a que el programa HCB ha mostrado evoluciones en el cuidado de las necesidades afectivas, de salud, educación y seguridad, los servicios prestados continúan mostrando serias deficiencias.

Segundo, la forma en que el programa HCB ha desarrollado el trabajo de las madres comunitarias reproduce el esquema de dominación sobre la mujer y además lo traslada del ámbito privado al ámbito público. Como se ha visto, el derecho funciona como una herramienta que legitima el status de las mujeres como cuidadoras del hogar, deber que no merece contraprestación en dinero (Fraser, 2013). El programa HCB traslada este esquema, al concebir el trabajo de las madres comunitarias como voluntario, manteniéndolo por fuera de muchos beneficios a los que tienen derecho los trabajadores, y llevando un modelo de opresión sobre la mujer que usualmente se da al interior del hogar a una estructura de prestación de servicio público. No quiero decir que sea un objetivo expreso del programa perpetuar un esquema específico de dominación sobre la mujer, pero sí que el trabajo de cuidado siga siendo considerado una labor típicamente femenina sin valor productivo.

Esta advertencia sobre la falta de regulación en las formas de comercialización de la labor de cuidado, en perjuicio de quienes la practican, ya la habían hecho Perkins-Gilman y también Hirschmann y Lierbet. En la prestación de este tipo de servicios no existen estándares de calidad, ni formas de organización de la demanda, tampoco una regulación clara de precios (Gilman, 2008). Esto parece mostrar una obstinación de parte del sistema por incluir los servicios relacionados con la maternidad en el mercado (Hirschmann y Lierbet, 2001).

Volviendo al tema de los dualismos, es posible ver cómo el opuesto masculino, lo productivo, recibe mejores prerrogativas que las que del opuesto femenino, lo reproductivo. Desde el feminismo cultural esto resulta problemático, pues a partir de una política pública, así sea de manera indirecta, se privilegian los valores masculinos por encima de los femeninos. Desde esta perspectiva, si efectivamente a la mujer se le asigna naturalmente la labor de cuidado, este no debe ser un argumento para que la ley le dé un trato diferente a su trabajo. En este sentido, si el estado ofrece el cuidado como servicio público, y si además son mujeres quienes prestan esta labor, lo más correcto, tratándose de igualdad de género, sería que se les brindasen las mismas garantías que a quienes realizan labores típicamente masculinas.

Visto desde el feminismo liberal, también es posible concluir que el programa de HCB resulta siendo un dispositivo de dominación contra la mujer. El primer argumento ya fue dado: en la realidad el programa no elimina las barreras que impone el trabajo de cuidado para que las mujeres tengan la oportunidad de acceder al mercado laboral; los riesgos que evidencian los vicios en el cuidado de los niños en la práctica terminan representando un costo de oportunidad para salir al mercado mucho más alto que el que tienen que pagar los hombres. El segundo argumento radica en atacar la forma en que se pretende dar oportunidades a las mujeres. Aun cuando HCB funcionara brindando la oportunidad efectiva para que las mujeres de escasos recursos puedan salir al mercado, sin tener que preocuparse por el cuidado de sus hijos, este programa seguiría yendo en

contra de la igualdad de género, pues funciona explotando de manera injustificada la fuerza de trabajo de las madres comunitarias.

El programa HCB y la construcción de la identidad femenina

Para sostener que el programa HCB, como una política pública, influye en la construcción de una identidad femenina, en primer lugar hay que adoptar la teoría que plantea Foucault en *La verdad y sus formas jurídicas* (1988) sobre el derecho como productor de sujetos. Y más específicamente con la tesis de Duncan Kennedy, según la cual la producción de sujetos por el derecho parte de entender que este también funciona como un sistema de incentivos. Estos incentivos vienen determinados por tres factores: la eficacia de las normas jurídicas; la ineficacia o eficacia simbólica de estas normas; y los efectos que trae el derecho sobre las materias que no regula directamente, o que las regula de manera implícita (Kennedy, 1993).

La identidad femenina concreta, en la que influye el programa de HCB, es la que Olsen (2000) ha relacionado con nociones como maternidad, cuidado, reproducción, naturaleza y dependencia. Como ya se explicó, el derecho funciona manteniendo y regulando el posicionamiento de la mujer dentro del lado menos privilegiado de una serie de valores construidos a partir de dualismos. El derecho está diseñado para que a la mujer no le quede una mejor opción que quedarse en casa atendiendo las labores del hogar, crea obstáculos para que ella no pueda salir al mercado productivo. Esta situación específica genera la dependencia de la mujer y una pérdida en su poder de negociación, pues estando aislada de las actividades productivas no le queda más remedio que someterse a las decisiones de su pareja masculina (Fraser, 2013).

Para Mary Joe Frug (2006) el derecho no solo actúa en la producción de la identidad femenina en tanto que asigna a la mujer un papel subsidiario en la distribución de roles, sino que además actúa en la producción de diferencias sexuales, haciendo que parezcan naturales. En el tema de la sexualidad, el derecho, a través de sus regulaciones, llena y codifica el cuerpo femenino con significados.

Duncan Kennedy no plantea una posición muy diferente a la de Frug. En *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination*, Kennedy sostiene que existen normas jurídicas que legitiman el abuso sexual sobre las mujeres en determinados espacios. Él dice que existen determinados códigos de conducta socialmente establecidos que funcionan disciplinando a las mujeres con respecto a la ropa que usan, y el mensaje que estas envían. Por ejemplo, las normas jurídicas existentes que regulan la prostitución entablan una relación con la vestimenta que usan las mujeres, de manera que si son usadas en espacios proscritos socialmente, envían un mensaje a los hombres que legitimaría una

eventual agresión sexual. Las normas funcionan entonces codificando el abuso sexual de manera que discipline y forje una identidad femenina específica (Kennedy, 1993).

La maternalización es otro de esos efectos en la identidad femenina que el derecho se encarga de producir. Frug dice que existen una serie de normas jurídicas que obligan o animan a las mujeres a usar su cuerpo para la concepción de hijos, haciendo que asuman responsabilidades desproporcionadas con respecto al cuidado de ellos. Para sustentar esta posición, Frug se remite a varios ejemplos. Por un lado está la restricción del aborto, que tiene como efecto que las mujeres se conviertan en madres contra su voluntad. Después de que el bebé es concebido también existen una serie de normas que obligan a la vinculación entre madre e hijo. Por ejemplo, las licencias de maternidad, o en los casos de divorcio, las disposiciones sobre la custodia de los hijos (Frug, 2006). Estas normas actúan construyendo la identidad femenina ligada con valores como el altruismo, haciendo ver legítimo y natural que el cuidado, protección y nutrición de los hijos son tareas que hacen mejor las mujeres (Bucheli, 2013).

En las categorías de Kennedy las reglas del derecho de familia, derecho penal y derecho laboral funcionan como incentivos que producen y determinan a la mujer como madre; estos incentivos se producen por el derecho a través de la combinación de la eficacia material de las normas, la ineficacia de las normas y los efectos del derecho sobre las materias que no regula (Kennedy, 1993). En este caso, la eficacia de estas normas que naturalizan el vínculo de cuidado de la madre con el hijo, la ineficacia de las normas que propenden por una igualdad de condiciones para que las mujeres accedan al mercado y la incidencia de normas aparentemente asexuadas, pero implícitamente construidas para favorecer un universo puramente masculino, funcionan de manera conjunta para conseguir que la mujer asuma su papel como madre, quedándose en el hogar y cumpliendo su deber de cuidado.

La construcción de sujetos abstractos por el derecho, por ejemplo, la mujer como madre, además es criticada por los estudios legales críticos, pues universaliza la identidad concreta de cada sujeto, impidiendo ver sus particularidades. En este caso, siguiendo a Alviar y Jaramillo, cuando el derecho concibe a la mujer como madre y la regula sobre esta noción, está desconociendo que existen muchas mujeres que no se identifican con este valor y que por tanto quedan desprotegidas e invisibilizadas por la ley (Alviar y Jaramillo, 2012).

La política de HCB influye de manera perversa en la naturalización de la identidad de la mujer como madre, mezclando los tres elementos que configuran los incentivos que menciona Duncan Kennedy. Por un lado está la eficacia material del decreto en el que se establece que la labor de las madres comunitarias debe ser tomada como un voluntariado, que ha venido siendo aplicado para justificar la desregulación e informalidad de la labor de estas mujeres. Por otro lado, obra la ineficacia material del programa de HCB: tal cual dice la ley y los reglamentos que lo regulan, existe para suplir las necesidades básicas

de los niños de escasos recursos, lo que a su vez permite que las mujeres puedan ocupar su tiempo en el mercado productivo. Como ya se vio, los resultados del programa dejan mucho que desear, por lo que el riesgo que asumen las madres de los niños hace que se genere una desigualdad entre las mujeres y los hombres de estas familias, en tanto que el costo de oportunidad que cada uno tiene que pagar, es mucho más alto en el caso de las mujeres.

Ahora bien, aunque el programa no regule directamente el valor económico que se le da al trabajo de cuidado, implícitamente, al haberse fijado durante más de veinte años un pago por debajo del salario mínimo a las madres comunitarias que prestan esta labor como un servicio público, sí se le está asignando un valor. Que el trabajo de cuidado que hacen las madres comunitarias, como ya se ha mostrado, sea realizado únicamente por mujeres y que además se encuentre valorado como voluntariado no digno de una retribución justa, contribuye en esa construcción de la mujer como madre, a la que el trabajo de cuidado se la da bien por naturaleza, y que por tanto deben responder por él como deber, sin derecho a contraprestación económica.

Para su funcionamiento, el programa HCB se basa en la identidad de la mujer como madre, que como ya hemos visto es contingente, construida socialmente, y legitimada y naturalizada a través del derecho. Pero no solo se basa en ella sino que como política pública, el programa HCB reproduce y legitima una serie de patrones que permiten que la mujer siga siendo ubicada en un rol determinado, que va en perjuicio de su autonomía, igualdad y poder de negociación dentro del sistema.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos mostrado que la forma en que se ha desarrollado el programa de HCB, específicamente en lo que trata con las madres comunitarias, es problemática. El programa está concebido a partir de una visión de mundo eminentemente patriarcal, que tácitamente privilegia las formas de trabajo típicamente masculinas y de manera expresa denigra y explota el trabajo que históricamente se ha atribuido a la mujer.

Por medio del análisis de la legislación y la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir del programa de HCB, se ha probado que en efecto las madres comunitarias han venido prestando su servicio en condiciones de desregulación e informalidad, lo cual ha desembocado en una vulneración sistemática del derecho constitucional de la igualdad y del trabajo. Las madres comunitarias no han contado con el apoyo de las altas cortes en la garantía de estos derechos durante más de veinte años, dejando de percibir, durante casi toda la historia del programa, el salario mínimo y otros beneficios a los que tienen derecho los trabajadores regulares.

A través del estudio de las disposiciones jurisprudenciales recientes y de los datos aportados ante el comité PRO PIDESC, se ha mostrado que no es posible concebir la labor de las madres comunitarias ni como un trabajo asexuado que pueden realizar tanto hombres como mujeres, ni tampoco como un voluntariado. Las cifras muestran que aunque en los reglamentos se permita que los hombres presten el servicio de las madres comunitarias, en la realidad solo existen mujeres, más de 85.000, que se encargan de desarrollar el programa de HCB. Adicionalmente, la Corte Constitucional en pronunciamiento de 2012 advirtió que es incorrecto pensar que la labor de las madres comunitarias deba ser tomada como un voluntariado; la Corte ha aceptado que a través de esta labor las mujeres se dignifican y obtiene recursos para sustentar su vida y la de sus familias.

Pese a que recientemente se han logrado pronunciamientos por parte del gobierno que prometen la mejora de la situación de las madres comunitarias, y que de hecho desde principios desde el 2014 se han venido implementando estrategias para formalizar el vínculo de las madres comunitarias, esto aún no se puede tomar como una victoria. Como se expuso, el comité PRO PIDESC desde 1995 viene haciendo recomendaciones al Estado colombiano para que mejore la condición legal y real en la que las madres comunitarias trabajan, recibiendo siempre como respuesta el compromiso de que estas mejoras se harán efectivas. Por esta razón, sigue siendo imperante ver cuáles son los esquemas que usará el Estado para formalizar la labor de las madres comunitarias de manera que sea posible verificar si en efecto se están dando las garantías para que ellas vean reconocidos sus derechos.

Por ahora, parece que el plan de formalización del gobierno para las madres comunitarias es más una forma tramposa de evadir su compromiso que una garantía real para el ejercicio de los derechos de estas mujeres. Como lo dicen las noticias, más de 2.500 madres comunitarias temen por la estabilidad de su empleo, pues en el afán de acceder a un salario mínimo y a las prestaciones sociales que como trabajadoras se merecen, el ICBF les ha hecho firmar un contrato a término fijo, que terminaría el 30 de septiembre de 2014. Esta situación, además de desconocer que el trabajo de las madres comunitarias se ha desarrollado a término indefinido, dejaría también a estas mujeres sin la certeza de que se les renueve el contrato, haciendo que su situación de vulneración de derechos se torne aún más preocupante.

En este trabajo se ha argumentado, a partir de categorías del feminismo liberal, socialista y cultural, la forma en que el programa de HCB reproduce un esquema específico de dominación sobre la mujer. El esquema de dominación que reproduce el programa legitima la posición de la mujer al interior del hogar, con una pérdida co-relativa de su independencia y de su poder de negociación.

Dentro de la argumentación establecí que la reproducción de este esquema se da por dos vías: la primera que tiene que ver con un efecto de la regulación e institucionalización endeble que caracteriza el programa. Estas deficiencias traen como consecuencia unos

resultados muy cuestionables en la atención de los menores, lo que a su vez genera un riesgo que no deberían estar dispuestas a pagar las madres. El segundo tiene que ver con los medios ilegítimos que se usan para conseguir una supuesta igualdad de oportunidades para que las mujeres salgan al mercado productivo. El programa se vale de la explotación y menosprecio del trabajo reproductivo que realizan las madres comunitarias, basándose en patrones y prejuicios patriarcales –que ya fueron explicados en este documento– para permitir que las mujeres de escasos recursos inviertan el tiempo que antes gastaban en el cuidado de sus hijos, en actividades productivas.

Finalmente, también valiéndome de las teorías y categorías feministas, propuse y sustenté que el programa HCB influye de manera perversa en la construcción y legitimación de la identidad de la mujer como madre. Demostré que el derecho, a partir de políticas públicas como el programa de HCB, funciona de manera siniestra identificando a la mujer con la maternidad, mostrando como natural a la mujer los trabajos relativos al cuidado, construyéndolos como un deber que ella debe cumplir. Esta construcción de la mujer como madre por el derecho, se da a partir de incentivos e inmunidades, que de manera expresa o tácita otorga la ley.

Referencias

- ALVIAR GARCÍA, H. (2008). *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- ALVIAR, H. Y JARAMILLO, I. (2012). *Feminismo y crítica jurídica*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- BENERÍA, L. (2006). *Trabajo productivo/reproductivo, pobreza y políticas de conciliación. Nómadas*, (24), 8–21.
- BERNAL, R., FERNÁNDEZ, C., FLÓREZ NIETO, C. E., GAVIRIA, A., OCAMPO, P. R., SAMPER, B., Y SÁNCHEZ, F. (2009). *Evaluation of the early childhood program Hogares Comunitarios de Bienestar in Colombia*. Social Science Research Network, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1486209> (Recuperado el 3 de Abril de 2014).
- BUCHELY, L. (2013). *Activismo Burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad*. Tesis para optar al título de doctora en derecho. Bogotá: Universidad de los Andes.
- COMITÉ PRO DESC DE LAS TRABAJADORAS COMUNITARIAS *et al.* (2003). *¿En qué vamos? Principales debates*. Bogotá: Ediciones Ántropos.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda, subsección B.. Sentencia del 28 de Noviembre de 1996. Expediente 13023. C.P. Javier Díaz Bueno.

- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera, Subsección C.. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Expediente: 050012331000200101546 02. C. P. Enrique Gil Botero.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 9 de diciembre de 2012. Radicado número 11001-03-15-000-2010-01181-00(AC). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 224 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara .
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 269 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 628 de 2012. M.P Humberto Sierra Porto.
- DECRETO 1340 de 1995.
- DECRETO 289 de 2014.
- FLÓREZ, CARMEN ELISA. (1993). *Hogares comunitarios de bienestar: Quién se beneficia*. Informe final. Bogotá: Universidad de los Andes.
- FOUCAULT, M. (1998). *La verdad y sus formas jurídicas*. Madrid: Editorial Gedisa.
- FRASER, N. (2013). *Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. Verso.
- _____. (1990). *Struggle over needs: Outline of a socialist-feminist critical theory of late-capitalist political culture. Women, the state, and welfare*, 199–225.
- FRUG, M. J. (2006). *Comentario: Un manifiesto jurídico feminista posmoderno. En Crítica jurídica : teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- GONZÁLEZ, G. YHERMANN, J. I. (1999). *El rol de las madres comunitarias, su relación con la comunidad y con el ICBF*. Trabajo de investigación profesoral. Bogotá: Universidad de los Andes.
- HALLEY, J. (2008). *Split decisions: How and why to take a break from feminism*. Princeton University Press.
- HIRSCHMANN, N. J., Y LIEBERT, U. (2001). *Women and welfare: Theory and practice in the United States and Europe*. Rutgers University Press.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF). (2011). *Lineamiento técnico administrativo, modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (familiares, grupales, múltiples, múltiples empresariales y jardines sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad*. Dirección de prevención. Bogotá.
- _____. (1997). *Bogotá: Primera Encuesta Sistema de Evaluación de Impacto de Hogares Comunitarios de Bienestar*. Bogotá.

JARAMILLO SIERRA, I. C. (2006). “Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: El caso de la Ley de Cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva”. En *Más allá del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

KENNEDY, DUNCAN. (1993). *Sexy dressing, etc.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

LEY 89 de 1988.

OLSEN, F. (2000). *El sexo del derecho. Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Ed. Biblos.

PERKINS GILMAN, C. (2008). *Mujeres y Economía. Un estudio sobre la relación económica entre hombres y mujeres como factor de evolución social*. Valencia: PUV Valencia.

PLATAFORMA COLOMBIANA DE DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO (2010). *Informe alterno al quinto informe del estado colombiano ante el comité del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/PCDHDD_Colombia_CESCR42.pdf (Bogotá, recuperado el 4 de abril de 2014)

Anexos

TABLA

Cuadro de Noticias sobre Hogares comunitarios y madres comunitarias del ICBF (2011-2014)

Noticia	Fecha	Descripción	Medio	Vínculo web
1	22 de Febrero de 2011	La primera política. Ayer, el presidente Juan Manuel Santos lanzó en la Casa de Nariño la política para la primera infancia de su gobierno. Esta estrategia de atención a la niñez, bautizada 'De cero a siempre', destinará a los más pequeños unos 5,6 billones en cuatro años.	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4410449
2	24 de Febrero de 2011	Santos inaugura moderno jardín social en zona deprimida cartagenera	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8923122
3	5 de Julio de 2011	ICBF: beneficios y resultados de impacto familiar	Portafolio	http://www.portafolio.co/detalle_archivo/MAM-4662641
4	21 de Septiembre de 2011	Respuesta del ICBF sobre el informe de la contraloría	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10404784
5	21 de Octubre de 2011	Petro Capacitará a Madres Comunitarias	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4911017
6	3 de Noviembre de 2011	Madres Comunitarias tendrán riesgos profesionales	Portafolio	http://www.portafolio.co/detalle_archivo/MAM-4940685
7	16 de Noviembre de 2011	Sanear el ICBF, tarea urgente	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4966092
8	31 de Enero de 2012	Carolina Isakson de Barco, pionera del programa 'Madres comunitarias'	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11033082
9	10 de Abril de 2012	ICBF garantiza atención alimentaria	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11530042
10	7 de Mayo de 2012	Madres comunitarias van a paro indefinido	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5402777

11	8 de Mayo de 2012	Madres comunitarias rechazaron reforma	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5406083
12	9 de Mayo de 2012	Madres comunitarias levantan paro	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5408291
13	27 de Agosto de 2012	Hogares comunitarios pagarán servicios públicos con tarifas de estrato uno	El Espectador	http://www.elespectador.com/noticias/nacional/hogares-comunitarios-pagaran-servicios-publicos-tarifas-articulo-370362
14	11 de Septiembre de 2012	Tres mil madres comunitarias tendrían renta vitalicia	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12210341
15	14 de Septiembre de 2012	Salario de madres comunitarias costará \$700.000 millones	Portafolio	http://www.portafolio.co/detalle_archivo/DR-63307
16	14 de Septiembre de 2012	Corte ordena que madre comunitaria con VIH sea reintegrada a su labor	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12221183
17	9 de Noviembre de 2012	77 mil madres comunitarias recibirán lo equivalente al mínimo	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12369699
18	10 de Noviembre de 2012	Madres del ICBF recibirán el equivalente al mínimo	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12370570
19	23 de Febrero de 2013	Madres comunitarias del Eje Cafetero se graduaron 'De Cero a Siempre'	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12614001
20	2 de Abril de 2013	Gobierno crea subsidio para madres comunitarias en edad de pensión	Ministerio de Trabajo	http://www.mintrabajo.gov.co/abril-2013/1690-gobierno-crea-subsidio-para-madres-comunitarias-en-edad-de-pension.html
21	15 de Junio de 2013	Madres comunitarias recibirán bonificación equivalente al salario mínimo	El Espectador	http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-428068-madres-comunitarias-recibiran-bonificacion-equivalente-al-salari
22	26 de Agosto de 2013	Protestas de madres comunitarias contra el ICBF, en Villavicencio	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/colombia/llano/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13014687.html

23	26 de Agosto de 2013	Más de 50.000 madres comunitarias y sustitutas entran a paro indefinido	Caracol Radio	http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/mas-de-50000-madres-comunitarias-y-sustitutas-entran-a-paro-indefinido/20130826/nota/1957600.aspx
24	26 de Agosto de 2013	Las madres comunitarias protestan y se unen al paro nacional	El universal	http://www.eluniversal.com.co/cartagena/las-madres-comunitarias-protestan-y-se-unen-al-paro-nacional-132489#sthash.dfKnpt5z.dpuf
25	27 de Agosto de 2013	Madres comunitarias del país siguen en paro	El Tiempo	http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13020864.html
26	27 de Agosto de 2013	Madres del ICBF, inconformes	El Mundo	http://www.elmundo.com/portal/noticias/poblacion/madres_del_icbf_inconformes.php
27	29 de Septiembre de 2013	Madres del ICBF se movilizan este Lunes	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13090975
28	1 de Octubre de 2013	Madres comunitarias de Cali continúan protestas por mejores salarios	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13094185
29	10 de Octubre de 2013	Madres comunitarias tendrán contrato laboral a término indefinido	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13112277
30	11 de Octubre de 2013	Madres del ICBF exigen contrato a partir de Enero	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13114926
31	6 de Diciembre de 2013	Pliego de peticiones de las madres comunitarias de Boyacá	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13260978
32	7 de Enero de 2014	Madres del ICBF, a la formalidad	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13341703
33	15 de Febrero de 2014	Madres comunitarias temen quedarse sin trabajo	El tiempo	http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13503575